GACETA JUDICIAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTOR: JULIAN MOTTA SALAS, RELATOR DE LA CORTE

TOMO XLIV Bogotá, noviembre de 1936 Nros. 1 914 y 1 915

"Saber las leyes non es tan solamente en aprender las letras dellas, mas en saber el su verdadero entendimiento".
(Siete partidas.—Ley XIII).

"Summa itaque ope, et alacri studio has leges nostras accipite".
(Prooemium Institutionum D. Justiniani).

OTROS MODOS DE ADQUIRIR EL DOMINIO

AGUSTIN VILLEGAS

(apartes de un estudio)

Los modos de adquirir el dominio, según el artículo 673 del código civil, son la ocupación, la accesión, la tradición, la sucesión por causa de muerte y la prescripción.

Los términos claros y precisos de ese canon nos enseñan que esos medios son los únicos adquisitivos del dominio, o lo que es lo mismo, que tal enumeración es limitativa.

Sin embargo, incurriría en error quien tal cosa afirmara, apoyándose en la letra de ese especioso precepto. Pues así como una excepción a una regla legal puede resultar de otra disposición, de la misma manera la enumeración que como taxativa hace un artículo de la ley, puede ser adicionada implícitamente por otra u otras disposiciones. De allí el aforismo según el cual una disposición legal no ha de entenderse separadamente sino concordándola con las otras, a fin de que todas concurran a formar un todo armónico.

Vamos a enumerar casos de adquisición de dominio no comprendidos entre los modos que contiene la disposición acotada.

Son del dominio de la nación, de uso público, las calles, plazas, puentes y caminos, menos los dos últimos cuando son construídos por los particulares en tierras que les pertenecen (arts. 674 y 676 del C. C.).

Un municipio o un departamento compran cierto terreno con cualquier propsito, mediante la correspondiente escritura que se inscribe debidamente. En ese estado pueden, como dueños, enajenarlo mediante formalidades especiales. Pero si lo destinan a una plaza, calle o camino, y con uno de esos oficios se da al servicio público, por ese solo hecho la tierra sale de su propiedad particular y entra al dominio de la nación, sin que se requiera título registrado, aun contra la voluntad de las personas jurídicas, pues basta que el suelo sirva de plaza, calle o camino, para que la propiedad resida en la nación, sin que a ello se oponga el que el municipio o el departamento hayan comprado la tierra con su propio dinero y para sí, conserven a su favor la escritura del contrato, no hayan cancelado el registro de ella, ni pensado siquiera en transferir el dominio. De suerte que por sólo destinación de la cosa adquirió la nación el dominio de una manera distinta de las contenidas en el artículo 673.

La radicación de la propiedad que en la nación hace la ley de caminos, calles, puentes y plazas, trae por consecuencia modificaciones tácitas de otros preceptos del código civil, como pasamos a verlo.

Si los respectivos terrenos, antes de ser destinados a esos usos son de propiedad municipal o departamental, en lo que no hay duda, debieran seguir siéndolo mientras sus dueños no traspasaran su derecho por tradición. Pero la tradición implica entrega real o simbólica, y para adquirir el dominio, la nación no tiene necesidad de ella, pues que adquiere la propiedad IPSO JURE, sin que haya tradente, adquirente, voluntad de ninguna de las partes, contrato para transferir el dominio, escritura pública registrada, a pesar de que se trata de bienes raíces, todo lo cual se requiere en las tradiciones ordinarias de la propiedad inmueble.

Algo muy semejante pasa con las corrientes de agua que discurren por cauces naturales, las cuales, si no nacen y mueren dentro de una misma heredad, son de propiedad nacional de uso público.

"Los ríos y todas las aguas que corren por cauces naturales son bienes de la unión, de uso público en los respectivos territorios".

"Exceptúanse las vertientes que nacen y mueren dentro de una misma heredad; su propiedad, uso y goce pertenecen a los dueños de las riberas, y pasan con éstos a los herederos y demás sucesores de los dueños".

Luego para saber si una determinada corriente de agua es o no de propiedad de la nación, precisa tener en cuenta un momento dado, ya que ella puede cambiar de dueño, merced a la concentración de los diversos predios que recorra, en una sola persona; o viceversa, por la conversión del predio antes único en varios por enajenaciones, los cuales recorre el agua por cauce natural. Por fuerza de la ley y de los hechos, las aguas pueden cambiar de dueño automáticamente.

Y no se opone a ese aserto el que la ley diga en el segundo inciso del artículo que se acaba de transcribir, que las corrientes de agua que nacen y mueren dentro de un predio, pasan con éste a los herederos y demás sucesores de los dueños, por cuanto eso ha de entenderse cuando el terreno en su integridad, donde nace y muere el agua, pasa a otro dueño único o a varios en comunidad, pues de otra suerte se tendría que corrientes sin origen ni término en un solo predio, quedaban excluídas del dominio de la nación, lo cual se opone a lo preceptuado en el trasunto anterior.

De suerte que las aguas corrientes, también por un simple hecho, pueden estar cambiando de dueño: de la nación a los particulares y de éstos a aquélla, sin necesidad de título en el sentido de causa de adquisición, sin tradente, sin voluntad por una parte de enajenar ni por otra de adquirir, ni de escritura registrada; y ello no obstante ser las aguas bienes raíces.

Lo mismo pasa con el usufructo legal, que también se adquiere por un medio no comprendido en la lista de los modos hecha por el artículo 673.

La enunciada manera de adquirir la propiedad de esas tres clases de bienes, extraña es al sistema que para adquirir el dominio consagra nuestro código civil, pues se aparta de los principios generales conforme a los cuales esa adquisición supone título originario o derivativo, voluntad recíproca de enajenar y adquirir y otorgamiento de escritura pública registrada cuando se trata de inmuebles.

De lo dicho concluímos que la enumeración comprendida en el artículo 673 es incompleta, pues fuera de esos medios hay otros en que se adquiere la propiedad a virtud de un hecho considerado bastante por la ley.

Estimamos jurídico lo dicho anteriormente en relación con los caminos, plazas, puentes y calles, y tuvo cumplimiento hasta que empezó a regir el acto legislativo Nº 3 de 1910, que en su artículo 50 trae esta disposición:

"Los bienes y rentas de los departamentos, así como los de los municipios, son propiedad exclusiva, respectivamente, de cada uno de ellos, y gozan de las mismas garantías que las propiedades y rentas particulares. No podrán ser ocupadas estas propiedades sino en los mismos términos en que lo sea la propiedad privada. El gobierno nacional no podrá conceder exenciones de derechos departamentales ni municipales".

Esta disposición, que sustancialmente es la misma contenida en el artículo 50 de la ley 88 de 1910 y en el artículo 129 de la ley 4ª de 1933, marcó una línea de separación en cuanto a la propiedad de plazas, calles, etc., construídas por departamentos o municipios en terrenos de su pertenencia hasta que entró a regir ese acto. Hasta allí quedaron de propiedad de la nación por ministerio del artículo 674 del código civil, incluyendo, naturalmente, el suelo por ser éste condición indispensable para que ten-

gan existencia. El artículo 50 del acto legislativo surte efectos limitados a lo futuro, puesto que los derechos adquiridos con justo título, con arreglo a las disposiciones civiles, por personas naturales o jurídicas, no pueden ser desconocidos o vulnerados por leyes posteriores. Así lo enseña el artículo 31 de la constitución, con el cual armoniza el artículo 28 de la ley 153 de 1887.

Pero esa disposición amparó desde su vigencia los bienes departamentales y municipales, de suerte que las plazas, calles, puentes y caminos construidos por esas entidades después de la vigencia del acto legislativo, son y seguirán siendo de ellas y no de la nación, sin que esa propiedad la afecte la nomenclatura de algunas disposiciones legales en vías nacionales, departamentales y municipales, clasificación que tiene por objeto asignar a cuál de las tres entidades corresponde la apertura, sostenimiento y administración de ellas.

COLABORACION JURIDICA

SOCIEDADES

Miguel Moreno Jaramillo

TOMO IV

(Continuación)

422.—Bajo los Nos. 409 y 410 de este tomo IV, publicamos la ley argentina sobre sociedades de responsabilidad limitada y dimos algunas noticias sobre sus antecedentes.

Fue el doctor Juan Carrasquilla Botero quien primero estudió en Colombia las sociedades de responsabilidad limitada. Guiándose por la obra de René Gain, "Les Societés a Responsabilité Limite", hizo en 1932 un interesante estudio, de mucha importancia para los colombianos.

Posteriormente el doctor Alfredo Cock A., en el Nº 12 de "La Tradición" (Medellín, abril 25 de 1936), publicó un trabajo sobre el mismo tema, al cual pertenecen estas observaciones:

"Las múltiples habilidades y vivezas a que ha dado lugar en el mundo la creación judía de las sociedades anónimas, por medio de la gran especulación en que los pequeños accionistas son frecuentemente sacrificados por los grandes, que se nombran directores por la fuerza de los votos graduada por el monto del capital, y se dedican a provocar el alza o baja de los valores según sus intereses, cuando no absorben los productos en negociaciones poco escrupulosas...; o simplemente las constituyen con carácter ficticio para engañar a los incautos que sufren las consecuencias de su excesiva confianza, han despertado la atención de los jurisconsultos y de los legisladores en otros países, en el sentido de reprimir tales excesos y de brindar al ahorro posibilidades de aplicarse a la producción sin los peligros que entrañan por una parte la responsabilidad excesiva de las sociedades colectivas, y por otra, la fuga de la responsabilidad en las sociedades anónimas".

"A este fin obedecen las llamadas 'sociedades de responsabilidad limitada', las cuales llenan otro objetivo y es el de tener en cuenta el **intuitus personae**, o consideración a la persona, y el **jus fraternitatis**, o hermandad jurídica, elementos esenciales en las sociedades del derecho romano, que desaparecen en las sociedades anónimas y en otras asociaciones por acciones, y que aquí se garantizan con la prohibición a los socios de ceder sus derechos o partes sociales a terceros extraños en la sociedad, sin el consentimiento de los otros asociados".

"Entre nosotros es ésta una necesidad absoluta en ciertos casos, y se está llenando, aunque imperfectamente, con la organización de comunidades en aquellas asociaciones que tienen como norma dedicarse al trabajo honorable, desarrollando empresas de carácter técnico o comercial que pueden sufrir golpe de muerte por la intromisión de elementos extraños que buscan fines de especulación o utilidades artificiales".

"Frecuente es aquí en las sociedades anónimas que las empresas competidoras consigan en ellas poderosa influencia, y aun la hegemonía por la adquisición o representación de acciones, influencia que aprovechan para decretar medidas destinadas a hacerlas fracasar, perdiendo algo para ganar mucho con la eliminación de la competencia".

"Estas y otras maniobras se evitan en lo posible con el nuevo género de sociedades de capitales a que nos estamos refiriendo, acondicionado con un adecuado sistema de sanciones contra los fautores de actos que tiendan a desvirtuar sus objetivos, o a procurar resultados fraudulentos y deshonorables, como los que hemos mencionado".

Ultimamente el doctor Alfonso Restrepo Moreno, en artículo de 18 de octubre de 1936, publicado en "El Colombiano", de Medellín, dice, entre otras cosas, lo siguiente:

"Abogamos por que se establezca en Colombia este tipo moderno de sociedades, ensayado con grande éxito en Europa. Nos proponemos reunir la opinión en torno de una medida que mejorará nuestras instituciones jurídicas y nuestro desarrollo económico. Muchas empresas, llamadas a mejor suerte, fracasan por error inicial en la elec-

n del tipo de sociedad al cual deberían amoldarse. Experimentalmente hemos observado que no existe en Colombia la clase de sociedad indicada para muchos casos, por lo que en último término viene a ser nuestra legislación causa de la elección equivocada. Por no ser reconocida entre nosotros la sociedad de responsabilidad limitada, única recomendable en gran número de veces, la persona se ve constreñida a colocarse dentro de la sociedad colectiva, la en comandita o la anónima, únicas formas comerciales reconocias en nuestra ley".

"Casos hay en que habiéndose acertado la forma de sociedad, debe esa forma rse en otra distinta por fuerza de al-
422.—Bajo importante cambio ocurrido en el nego-
cio. Una sociedad modesta, colectiva o en comandita, cuyos productos empiezan a tener grande acogida y cuyo radio de acción podría ensancharse si no fuera por la falta de capital, debe transformarse en compañía anónima, cuyas acciones, colocadas en mercado abierto, le suministrarán el capital que necesita".

"En Colombia predomina el sistema de explotación individual en las pequeñas empresas, en la agricultura, en el comercio al por menor y en las profesiones. Este sistema ofrece facilidad para iniciar el negocio, pues no requiere ninguna formalización legal; reúne el interés y la responsabilidad, porque el gerente es el único dueño de su producido y el responsable único de las pérdidas; hace más rápida y fácil la acción, porque como la autoridad está centralizada, no se requiere contar con otras personas u organismos. Pero, en cambio, en el sistema de explotación individual es muy limitado el radio de acción por falta de conocimientos, habilidad y experiencia, que una sola persona no suele reunir; el empresario tiene dificultades grandes para conseguir capital, porque la responsabilidad de un mero individuo aminora el crédito. En este sistema está la empresa de tal modo vinculada a su dueño, que corre las contingencias del empresario y casi puede decirse que desaparece con él. Todos los días se marca más la tendencia a reemplazar la actividad individual por el sistema de asociaciones".

"Las compañías anónimas tienen estas ventajas: gran facilidad para levantar el capital mediante la suscripción de acciones; grande estabilidad y permanencia porque sobrevive a sus accionistas; responsabilidad limitada: libre enajenación de las acciones y facilidad de darlas en prenda y de ser embargadas, lo que facilita a su titular el ejercicio del crédito. Sus principales desventajas consisten en que la formalización exige muchos y costosos requisitos legales; en que están sometidas a una vigilancia oficial muy estrecha, en garantía de los derechos de terceros, y en que la burocracia es muy crecida".

"La sociedad colectiva, forma usada entre nosotros para empresas relativamente pequeñas, ofrece como ventajas: su fácil constitución y funcionamiento; su manejo económico; la reserva en negocios que ordinariamente se desarrollan entre familiares o amigos, y el moderado control oficial. En cambio, tienen el gravísimo inconveniente de la responsabilidad solidaria".

"La sociedad en comandita simple tiene respecto de los socios colectivos el pro y el contra de que hemos hablado en el párrafo anterior; respecto de los socios comanditarios ofrece en favor de éstos la responsabilidad limitada, pero a cambio de que no puedan ejecutar acto alguno de administración, ni incluir su nombre en la razón social, so pena de quedar solidariamente responsables con los gestores. No hablamos de la sociedad en comandita por acciones, porque en la práctica ha sido unánimemente rechazada".

"De acuerdo con lo expuesto, cualquiera de las formas sociales reconocidas por nuestro código de comercio, ofrece una serie de ventajas contrabalanceadas por serios inconvenientes...."

"Así como la compañía anónima permite limitar la responsabilidad, es necesario crear una sociedad de personas que ofrezca igual ventaja. Sería la de responsabilidad limitada. Aunque este tipo requiere el control oficial para defender los intereses de terceros, su constitución y su funcionamiento son sencillos y económicos y no inhiben a los socios para tomar parte en la administración".

"La sociedad de responsabilidad limitada es un tipo híbrido, que conjugando las otras especies reúne grandes ventajas y elimina hasta lo posible los inconvenientes...."

"Fue Alemania el primer país que creó, en 1892, las sociedades de responsabilidad limitada. Inglaterra las estableció en 1907 con el nombre de private company".

"En Francia, algunas cámaras de comercio habían abogado por la medida, sin ser oídas. Pero al ser reintegradas Alsacia y Lorena al territorio francés, siguió rigiendo en éstas por algunos años la legislación alemana, de acuerdo con la cual existían unas cuatrocientas sociedades de responsabilidad limitada. Las dos provincias reconquista-

das obtuvieron no sólo el mantenimiento de esta forma de sociedad sino su implantación en todo el territorio francés, lo cual se logró en el año de 1926...."

423.—¿Pueden todos los interesados en una sucesión, obrando conjuntamente, dar en prenda acciones anónimas de las que constituyen el acervo hereditario?

El artículo 757 del código civil establece, que en el momento de deferirse la herencia se confiere la posesión de ella por ministerio de la ley al heredero, pero que esta posesión legal no lo habilita para disponer en manera alguna de un inmueble, mientras no preceda: 1º—El decreto judicial que da la posesión efectiva; 2º—El registro del mismo decreto judicial y de los títulos que confieran el dominio.

Como la inclusión de una cosa implica la exclusión de la contraria, como lo que se afirma de algo se niega de lo que le es opuesto, como las leyes excepcionales no se aplican a casos distintos de los contemplados por ellas y como las excepciones deben ser de muy restringida interpretación, todo según aforismos de derecho universal, juzgamos que si los herederos no pueden disponer de inmuebles mientras no precedan la posesión efectiva de la herencia y el registro mencionado, no hay inconveniente en que enajenen, con las firmas de todos, los bienes muebles de la sucesión.

El derecho a enajenar esos bienes muebles, o sea a disponer de ellos, envuelve la facultad de darlos en prenda?

Creemos que sí la envuelve. La palabra enajenación, equivalente a disposición, comprende, tomada en un sentido extenso, la prenda, la hipoteca y aún la limitación por medio de servidumbres. Síguese de ahí que quien no puede enajenar una cosa no la puede tampoco pignorar, y, a la inversa, que quien puede enajenarla puede también darla en prenda.

Nuestro código, en su artículo 2412, dice que no se puede empeñar una cosa sino por persona que tenga facultad de enajenarla.

Pero no bastan las firmas de los albaceas con tenencia de bienes para que la prenda de acciones anónimas pueda llevarse a término. Es preciso que el acto sea ejecutado por todos los herederos. (Tomo I, Nos. 16, 32, 74, 80 y 122. Tomo II, Nos. 203, 214 y 245. Tomo III, Nos. 287, 305, 308 y 332).

424.—En el año de 1932 contestamos a varias preguntas de orden práctico, según se verá en los números 425 a 429.

425.—Se nos preguntó: "1º — Teniendo Pedro cincuenta y dos y media acciones en la empresa, y componiéndose ésta de noventa y tres acciones, puede tener la mayoría, por tener más acciones?".

Contestámos:

Partiendo de la base, muy sólida en derecho, de que una sociedad disuelta continúa con su personalidad en cuanto atañe a la liquidación, creemos que todavía puede la asamblea general de accionistas actuar para varios efectos, como el de hacer la declaración de que la compañía está disuelta, nombrar liquidador, fijar a éste su remuneración, ampliarle sus facultades, autorizarlo para nombrar administradores de la empresa y los demás empleados necesarios para continuar y concluír las operaciones pendientes, dar normas sobre el pago de estos empleados subalternos, etc., etc.

Según los estatutos, para que la asamblea pudiera funcionar deberían asistir representantes de las tres cuartas partes, por lo menos, de las acciones colocadas.

Reunida la asamblea con el quorum anotado, las decisiones se tomarían por mayoría de votos conforme a los estatutos, computándose un voto por cada acción.

Si la asamblea no se reuniere con el quorum estatutario, el último gerente tendrá el carácter de liquidador, como lo dispone el artículo 590 del código de comercio, en virtud del cual los administradores harán por sí la liquidación, menos cuando los estatutos dispongan o la asamblea general acuerde otra cosa.

En los casos de falta absoluta o temporal del gerente, actuarán como liquidadores sus suplentes, en su orden. (Tomo I, Nos. 77, 117, 120, 134, 136 y 138. Tomo II, Nos. 163, 215, 238 y 256. Tomo III, Nos. 273, 284, 294, 306, 319 y 334).

426.—Se nos preguntó: "2º—Puede constituírse la nueva sociedad sobre la base de tener cada uno de los accionistas un voto nada más, sean cuales fueren sus acciones?".

Contestámos:

"Sí. Cuando se guarda silencio ha de entenderse que cada una de las acciones representa un voto. Pero no son contrarias a nuestra ley las cláusulas en virtud de las cuales se aumenta o se restringe el derecho de votar. Algunos de los fines que se buscan con el voto plural o con la limitación del voto pueden también alcanzarse estableciendo en los estatutos, como es de usanza, que para ciertos actos trascendentales, especificados, no basta la simple mayoría de votos sino los de las tres cuartas partes, o de las cuatro quintas, o algo por el estilo tendiente a evitar los abusos de la mayoría. (Tomo I, Nos. 7, 10, 32 y 98. Tomo II, Nos.

145, 217 y 249. Tomo III, Nº 309).

427.—Se nos preguntó: "3º—Puede Pedro, por tener mayor número de acciones, nombrar el gerente de la empresa, habiéndose fenecido el plazo de la escritura, sin contar con el resto de la sociedad?".

Contestámos:

Ya no debe hablarse de gerente, porque la sociedad está disuelta. Si se guarda silencio, el último gerente será el liquidador, según lo dicho. A falta de éste, los suplentes, en su orden. Pero si la asamblea quiere que la liquidación sea hecha por otra persona, juzgamos que tiene derecho a reunirse con quienes representen las tres cuartas partes, por lo menos, de las acciones colocadas, y a nombrar liquidador con el voto de la mayoría de los concurrentes contándose un voto por cada una de las acciones representadas.

428.—Se nos preguntó: "4º—Puede el gerente nombrar administrador de la empresa sin contar con la junta directiva ni con la asamblea general, habiéndose fenecido la escritura?".

Contestámos:

Ya no hay gerente de la empresa, porque ésta ha quedado disuelta. El gerente se trocó en liquidador según la ley, pero la asamblea puede nombrar a otra persona para que practique la liquidación.

El liquidador está obligado a continuar y concluír las operaciones pendientes al tiempo de la disolución, y a cumplir todos los demás deberes que señala el artículo 540 del código de comercio, aparte de los que le imponga su título de liquidador.

Si para continuar y concluír esas operaciones, y en general para manejar los negocios y liquidarlos necesita de empleados subalternos, pensamos que puede nombrarlos bajo su responsabilidad y contratar con ellos las remuneraciones correspondientes, cuyo importe tomará del caudal social. Pero si la asamblea quiere nombrar directamente los administradores y demás empleados, así como fijarles sus dotaciones, prevalece la voluntad de ella sobre la del liquidador.

429.—Se nos preguntó: "5º—A todo trance para formar la sociedad tienen que quedar en minoría los accionistas distintos de Pedro, o se le puede buscar otro camino apoyado en la ley?".

Contestámos:

En la redacción de los nuevos estatutos pueden consignarse cláusulas que defiendan eficazmente a las minorías, tales como el voto plural, la restricción del voto, etc., etc. Hay caminos jurídicos para igualar las fuerzas de mayoría y minoría. (Tomo I, Nos. 29, 42, 43, 46 y 108. Tomo II, Nos. 160, 190, 195, 196, 197, 198, 205 y 228. Tomo III, Nº 302).

CORTE PLENA

RADIODIFUSION.—MONOPOLIO DE COMUNICACIONES TELEGRAFICAS: A QUE SE EXTIENDE.—ATRIBUCIONES DEL GOBIERNO EN MATERIA DE POLICIA ADMINISTRATIVA.—TEORIA GENERAL DE LA POLICIA ADMINISTRATIVA.—FINES, MOTIVOS Y MEDIOS DE POLICIA.—LA POLICIA ADMINISTRATIVA Y LAS LIBERTADES PUBLICAS

Corte Suprema de Justicia.—Sala Plena.—Bogotá, siete de octubre de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Eduardo Zuleta Angel)

Habiendo sido acusado como inconstitucional ante la Corte, por el señor Julio Navarro, el Decreto número 1865 de 1935, por el cual se reglamenta la concesión de licencias para la instalación y explotación de estaciones radiodifusoras, la Sala, cumplido el deber de oír al señor Procurador General de la Nación procede a decidir las cuestiones a ella sometidas en virtud de dicha acusación y al efecto previamente considera:

Monopolio de comunicaciones telegráficas

(Artículos 137 y 138 del C. F.)

Tanto el Gobierno en el artículo 1º del Decreto como el señor Procurador en su concepto invocan como fundamento de aquél los artículos 137 y 138 del Código Fiscal que establecen el monopolio oficial para las comunicaciones telegráficas, telefónicas, inalámbricas u otras análogas establecidas o que se establezcan.

Pero en realidad las referidas disposiciones del Código Fiscal sólo justifican y sustentan, desde el punto de vista constitucional, los artículos 34 y 35 del Decreto. Conforme al primero de ellos: "las instalaciones que se instalen en virtud de licencias expedidas por el Ministerio del Ramo y de acuerdo con el presente Decreto no podrán usarse para servicios de naturaleza diferente del de perifonía. Sin embargo, será permitido verificar cambios entre las estaciones cuyo funcionamiento esté debidamente autorizado, de acuerdo con este Decreto, cuando tales cambios tengan por exclusivo objeto efectuar pruebas de eficiencia para mejorar técnicamente las instalaciones. Si llegare a utilizarse una o más estaciones para comunicaciones mutuas de carácter comercial o de interés particular se cancelará la licencia o licencias respectivas inmediatamente se compruebe este hecho".

Claro está que conforme a los artículos 137 y 138 del Código Fiscal, el Gobierno podía, como lo hizo por medio del preinserto artículo 34, prohibir que se utilizaran las estaciones radiodifusoras para comunicaciones mutuas de carácter comercial o de interés particular. Pero precisamente las circunstancias de que tales comunicaciones queden absolutamente prohibidas aun para las estaciones autorizadas por el Gobierno pone de manifiesto, en forma incuestionable, que el resto de las disposiciones del Decreto—que reglamentan el servicio de perifonía, único permitido para tales estaciones—no pueden constituir ni una reglamentación de los mencionados artículos del Código Fiscal ni el ejercicio de una atribución por éstos expresa o implícitamente conferida.

Precisamente lo que le ha dado extraordinaria gravedad, aun en los países que como el nuestro tienen establecido el monopolio de telégrafos, a los problemas jurídicos suscitados por la radiodifusión es la circunstancia de que ésta no consiste simplemente en un medio de mutua comunicación sino que principalmente se utiliza como instrumento de difusión de ideas.

"La radiotelegrafía—dice Roland (Derecho Administrativo, número 485)—se presentó originariamente como una extensión de la telegrafía eléctrica. Era entonces y es o puede serlo todavía un procedimiento de trasmisión de correspondencias. El Estado tiene el monopolio de tales trasmisiones por el correo, por el telégrafo, por el teléfono. Puede, pues, sentirse uno inclinado a reservarle todavía aquí al Estado un monopolio, y en todo caso es indispensable que las autoridades administrativas puedan servirse de este medio para comunicarse sin verse perturbadas por otras personas ni perjudi-

cadas con indiscreciones. Pero si la radiotelegrafía es un procedimiento para correspondencias, ella no es eso solamente. Más aún: ella tiende en la práctica, día por día, a ser otra cosa. Es un procedimiento de difusión del pensamiento. Gracias a ella el orador se hace oír por muchas más personas de las que están reunidas en la sala en que habla. Noticias e indicaciones de todas clases se trasmiten a un auditorio que posiblemente no leería un periódico ni una revista, pero que escucha el periódico hablado. En estas condiciones las consideraciones que pueden invocarse en favor de un régimen de libertad de reunión y de libertad de prensa tienen cabida en un país de libertad política como el nuestro. Pero surgen entonces especiales dificultades. Los peligros de la libertad de la prensa periódica así como los de la libertad de reunión, se vuelven a encontrar y se amplifican con tanto mayor razón cuanto el número de radio-oyentes es muy considerable. Por lo demás, mientras que el control sobre un periódico o sobre una reunión se ejercitan fácilmente, aquí resulta mucho más difícil organizar ese control".

La doctrina francesa reconoce, por eso, unánimemente, que respecto de la *perifonía* —cosa distinta a la comunicación o trasmisión inalámbrica de correspondencias—no pueden hacerse las mismas consideraciones que se hicieron para acomodar la telegrafía inalámbrica dentro del estatuto jurídico de los correos y telégrafos.

"Mientras que la técnica de las ondas eléctricas—dice Hauriou (Derecho Administrativo, 12ª edición, página 663)—no permitió sino la telegrafía inalámbrica, se estaba prácticamente en presencia de un procedimiento nuevo de trasmisión de correspondencias que pudo ser regulado por analogía con el estatuto de la telegrafía alámbrica monopolizada por el Estado. Pero actualmente, gracias a la telefonía inalámbrica, un nuevo procedimiento de difusión del pensamiento humano, extremadamente poderoso, ha nacido y es necesario reglamentarlo".

Dentro del mismo orden de ideas, Berthelemy (Derecho Administrativo, 13ª edición, página 814)—después de explicar cabalmente que por radiodifusión debe entenderse la emisión de sonidos que van destinados, no a un corresponsal sino al público, y de recalcar sobre la analogía evidente que hay entre la radiodifusión y los otros medios de hablarle al público la tribuna, la prensa, el teatro, la cátedra y el aviso, afirma que el libre uso de la radiodifusión sólo debe estar limitado con las restricciones de esos otros medios de difusión del pensamiento.

No, son, pues, los artículos 137 y 138 del Código Fiscal los que pueden servirle de fundamento al Decreto que se estudia. Tales textos se refieren a los procedimientos para trasmisión de correspondencias, y cabalmente el Decreto les prohíbe a las estaciones radiodifusoras esa trasmisión. El reglamenta las actividades de éstas en cuanto concierne a la perifonía, que, como lo observa el autor últimamente citado, se distingue de las comunicaciones postales, telegráficas o inalámbricas en que éstas van dirigidas a un corresponsal, a tiempo que aquélla es una emisión de sonidos destinada al público.

Atribuciones del Gobierno en materia de policía administrativa

(Ordinal 8º del art. 120 de la Constitución)

La cuestión debe plantearse, pues, en otro terreno. De lo que se trata es de un asunto de policía administrativa. Lo que importa averiguar es si las disposiciones del Decreto encajan dentro de los amplios poderes constitucionales que el Gobierno tiene en materia de policía administrativa, de acuerdo con el ordinal 8º del artículo 120 de la Constitución y de conformidad con el inciso 2º del artículo único del Acto Legislativo 1º de 1921, porque la reglamentación de la radiodifusión—y dentro de este orden de ideas avocan el problema los tratadistas de derecho administrativo—es una simple cuestión de policía.

Procede por lo tanto—y de esta suerte si se enfoca el problema jurídico en una forma científica, para resolverlo sobre bases técnicas—explicar ante todo cuáles son las funciones y atribuciones de policía que el Gobierno tiene, para ver en seguida cuáles de las disposicones del Decreto corresponden al ejercicio legítimo de esas atribuciones y cuáles nó.

Para ese efecto conviene en primer término recordar dos antecedentes jurisprudenciales de señalada importancia:

Acusado ante la Corte por inconstitucional el Decreto número 707 de 26 de abril de 1927 "por el cual se dictan los reglamentos de policía nacional sobre orden público, reuniones públicas y posesión de armas y mu-

niciones", en favor del cual se invocaron las autorizaciones concedidas por la Ley 51 de 1925, la Corte estimó que las disposiciones acusadas se referían a cuestiones que no estaban comprendidas dentro de las referidas autorizaciones pero que en cambio, algunos de los artículos del Decreto no constituían otra cosa que el ejercicio de la atribución constitucional contenida en el ordinal 8º del artículo 120 de la Constitución, que dice:

"Corresponde al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa..... 8º Conservar en todo el territorio el orden público y restablecerlo donde fuere turbado".

Después de exponer, con apoyo en altas autoridades americanas de derecho público, la llamada teoría de las facultades implícitas, según la cual "no hay en toda la Constitución atribución alguna de facultades que no entrañe y lleve consigo otras tácitas pero vitales al ejercicio de las primeras", entró la Corte a estudiar pormenorizadamente cada uno de los artículos del precitado Decreto, y,—no obstante la circunstancia de que la doctrina constitucional en aquella ocasión expuesta fue tan amplia en favor de las autorizaciones constitucionales del Gobierno, que mereció ser llamada por alguno de los Magistrados disidentes "apéndice liberticida, incompatible con nuestro sistema constitucional"—llegó a la conclusión de que eran inconstitucionales el artículo 2º, en cuanto disponía que la Policía podía exigir caución y aun castigar con pena de confinamiento por tres meses a dos años a las personas que proyectaran inferir agravios a los intereses particulares o públicos, el artículo 3º, que disponía que la Policía podía detener provisionalmente hasta por veinticuatro horas a las personas sospechosas de encabezar un movimiento contra la paz pública o el orden social, y el artículo 7º, en cuanto disponía que cuando en una reunión pública se hicieran excitaciones que amenazaran alguno o algunos de los intereses y garantías indicados en el artículo 1º del Decreto, los jefes de Policía debían disolver la reunión.

Cuatro Magistrados salvaron entonces su voto, pero no porque consideraran infundada la declaración de inexequibilidad de los referidos artículos del Decreto número 707, sino porque consideraron inconstitucionales muchas otras disposiciones en él contenidas.

Acusado posteriormente otro Decreto sobre policía—el 1775 de 25 de octubre de 1926—la Corte, en esta vez sin salvamentos de voto, declaró inexequibles "en la parte y en el concepto expresados en los considerandos del fallo" los numerales 2º y 6º del artículo 20, el inciso a) del numeral 2º y el numeral 4º del artículo 21, el artículo 28, los artículos 30 a 40, el artículo 44, el 48 y el 51, disposiciones todas éstas por medio de las cuales se conferían funciones judiciales a las autoridades de policía, distintas de aquéllas que de un modo preciso les habían sido conferidas de manera excepcional por el legislador.

"La Policía—dijo entonces la Corte—pertenece al orden administrativo; su misión es esencialmente preventiva y de protección social; debe ser la mano fuerte, el apoyo más decidido para conservar el orden público y respaldar las decisiones y actuaciones del poder judicial; pero por su misma naturaleza no tiene ni debe tener funciones judiciales. En Colombia, por una excepción, se ha conferido a los funcionarios de policía algunas facultades de carácter judicial, como el conocimiento y fallo de algunas infracciones penales de poca gravedad, atribuciones éstas que por su mismo carácter de excepcionales, deben ejercerse dentro de los precisos límites fijados por la ley".

Dentro de ese orden de ideas la Corte estimó que la Policía no podía en forma alguna fallar sobre infracciones penales distintas de aquéllas cuyo conocimiento le había sido expresamente atribuído por una ley, ni podía el Gobierno fijar penas distintas de las señaladas en el Código Penal o en las leyes y ordenanzas de policía.

Teoría General de la Policía Administrativa

Los tratadistas de derecho administrativo distinguen la policía administrativa—que es la que tiene por fin mantener el orden público, en sus tres elementos: tranquilidad pública, seguridad pública y salubridad pública—de la policía judicial, que es un auxiliar de la justicia represiva y tiene por objeto buscar, detener y entregar a los tribunales a los autores de las infracciones penales.

En Colombia, por razones históricas que se explicarán más adelante, existe, al lado de la policía administrativa y de la policía judicial, la que pudiera llamarse policía pe-

nal, encargada de juzgar y castigar ciertos delitos de poca gravedad.

De la policía judicial, es decir, de la que auxilia la justicia represiva buscando, deteniendo y entregando a los tribunales a los autores de las infracciones, no hay para qué hablar aquí. Lo que interesa—y a ello procede la Sala para dejar sentadas las bases generales de la doctrina conforme a la cual debe ser decidida la cuestión planteada por la acusación del Decreto 1366—es, por una parte, definir la noción de policía administrativa y determinar cuáles son los medios de que ésta dispone y, por otra parte, señalar la órbita precisa de las actividades de la policía penal.

Entre los tratadistas de derecho administrativo, probablemente ninguno ha profundizado más la cuestión primeramente indicada que el profesor Hauriou. No sólo en su Tratado de Derecho Administrativo (18ª edición, 1933, revisada y puesta al corriente por André Hauriou) sino también en sus célebres glosas a la jurisprudencia administrativa, estudió de un modo detenido y penetrante la noción de policía y los medios de que ésta dispone para la realización de su fin.

Para él la policía administrativa tiene por fin mantener el orden público, previniendo las perturbaciones posibles por una adecuada reglamentación y reprimiendo las perturbaciones que se produzcan por la coerción, es decir por un despliegue de fuerzas.

Pero el orden público que está llamada a mantener la autoridad de policía es el orden material y exterior considerado como un estado de hecho opuesto al desorden y no el "orden moral en las ideas y en los sentimientos", para cuyo mantenimiento resultaría radicalmente incompetente la Policía, hasta el punto de que si ensayara hacer eso, caería inmediatamente en la inquisición y en la opresión de las conciencias.

"A fin de asegurar la libertad de conciencia y de pensamiento—dice él—el régimen administrativo tiene que establecer una distinción entre las ideas y los hechos; en principio hay libertad de discutir y de propagar toda clase de ideas sin que la policía tenga que intervenir para otra cosa que para evitar que se pase a la ejecución de actos peligrosos o perjudiciales. No es que la sociedad no tenga necesidad de orden moral; no es que la propagación de toda clase de ideas sea una cosa buena. Lo que pasa es que la sociedad en esta materia está invitada a protegerse por otras instituciones distintas de la policía, que no está adaptada a ese género de oficios".

Los elementos constitutivos del orden público así entendido son: la tranquilidad pública, la seguridad pública y la salubridad pública. Por demás está advertir que en materia de policía la expresión orden público tiene un sentido completamente distinto de aquél con que se emplea esa misma expresión en el derecho civil. Se dice en éste que una regla de derecho o una institución son de orden público cuando se refieren a objetos sociales de tal manera importantes que quedan fuera del alcance de las convenciones particulares.

Así, pues, cuando el ordinal 8º del artículo 120 de la Constitución señala como atribución del Presidente de la República la de "conservar en todo el territorio el orden público y restablecerlo donde fuere turbado", lo inviste de una suprema autoridad de policía administrativa y lo faculta para prevenir, por medio de la reglamentación, las perturbaciones de la tranquilidad pública, de la seguridad pública y de la salubridad pública así como para reprimir por medio de la coerción las perturbaciones que se produzcan.

Así mismo cuando el artículo 15 del A. L. número 1º de 1936 dispone que las autoridades inspeccionarán las profesiones y oficios en lo relativo a la moralidad, la seguridad y la salubridad públicas les confía a tales autoridades, que son las administrativas, una misión de policía, siendo de advertir que—por lo ya indicado sobre la necesidad de hacer, en materia de moralidad, para los efectos de policía, una distinción entre las ideas y los hechos—la referencia que en ese texto se hace al concepto moral no implica intervención de las autoridades de policía en el mantenimiento de lo que propiamente constituye ese "orden moral en las ideas y en los sentimientos" de que habla Hauriou, pero sí en todo lo conducente a prevenir o evitar y reprimir aquéllos hechos que (como las exhibiciones o representaciones obscenas y los actos contrarios a la moral cristiana ejecutados con ocasión o pretexto del ejercicio de un culto) producen, por su inmoralidad, al ser ejecutados, un desorden que viene a tener ya un carácter exterior y material.

Pero—y aquí es en donde el problema jurídico reviste excepcional importancia y gravedad—si bien es cierto que la policía administrativa tiene por fin el mantener el orden público, en sus tres elementos ya indi-

cados, y si bien es verdad, por otro lado, que, conforme a los textos constitucionales precitados, el Presidente de la República, de manera especial, y las autoridades administrativas, en general, tienen amplias atribuciones de policía, ello no quiere decir que tengan el derecho de emplear toda clase de medios para la realización de ese fin.

"No hay que confundir—dice el mismo insigne tratadista, cuya doctrina se ha venido exponiendo—el fin de la policía con los derechos de la policía. De la circunstancia de que las autoridades encargadas de la policía tengan el deber de asegurar el orden público, no se deduce que ellas tengan el derecho de emplear toda clase de medios..... El fin no justifica los medios, ni siquiera en materia de policía..... Hay medios que tienen por sí mismos un carácter ilícito o reprensible y que no pueden ser empleados ni siquiera con un fin que se estima útil. La cuestión de los derechos que se tienen o que no se tienen se sitúa en la región de la escogencia de medios empleables para alcanzar un fin. Un primer punto evidente es que la policía no tiene todos los derechos. Por una parte ninguna medida particular de policía es legal sin un reglamento general pre-existente, y, por otra parte, los reglamentos de policía están subordinados a la legalidad, guardián de las libertades ciudadanas. Las autoridades encargadas de la policía se toman voluntariamente el derecho de prescribir ciertos actos, de prohibir ciertas manifestaciones de la vida social, o de someterlas a autorización previa, y sin embargo la cuestión de saber si ellas tienen legalmente esos derechos de imposición, de interdicción y de autorización previa es muy delicada y no puede ser resuelta sino merced a numerosas distinciones de tiempo y de lugar".

En el mismo sentido Bonnard (obra citada, página 321), después de explicar que la policía tiene por fin asegurar preventivamente y por ciertas medidas apropiadas la tranquilidad, la seguridad y la salubridad públicas para prevenir los atentados contra los derechos y las propiedades de los individuos, que podrían resultar de una falta de tranquilidad, de seguridad o de salubridad, aborda la cuestión de los medios de policía en estos términos: "Pero el poder de la policía puede también ser limitado en cuanto a su objeto, es decir, en cuanto a las restricciones impuestas a los individuos para realizar el fin de policía, en cuanto a los medios de policía. Parece que se debiera admitir, puesto que lo esencial en la policía es el fin y el motivo, todo medio de policía, toda restricción a los derechos de los individuos desde que tal restricción sea efectivamente provocada por un motivo de policía y esté realmente destinada a alcanzar un fin de policía. Pero ello no es así. La existencia de un motivo de policía y la persecución de un fin de policía no bastan para justificar todo medio de policía. En materia de policía el fin no justifica todo medio. La regla generalmente admitida es la de que las autoridades de policía no pueden emplear sino ciertos medios de policía fijados por la ley o por la jurisprudencia al interpretar el espíritu general del sistema jurídico. Por otra parte la autoridad de policía puede verse limitada en cuanto a los medios por el hecho de que el medio de policía aplicado debe ser adecuado al fin de policía que se trata de alcanzar; lo que quiere decir que la medida impuesta no debe ser muy rigurosa y que, si una medida menos rigurosa basta, ésta es la que debe ser empleada. Así, para el medio de policía, hay una cierta legalidad que viene a limitar esos medios prohibiendo el empleo de algunos de ellos....."

Por su parte Roland (obra citada, número 454), afirma muy rotundamente que la policía no puede restringir indefinidamente las libertades y que, si falta una disposición legal que expresamente autorice la restricción, el reglamento de policía no debe afectar las libertades y los derechos individuales consagrados y definidos por las leyes. "Es muy importante—concluye él—insistir sobre esto porque las autoridades investidas de ese poder bastante indeterminado para asegurar la tranquilidad, la seguridad y la salubridad, tienen tendencia a abusar frecuentemente de él".

No todos los medios conducentes a mantener y asegurar el orden público pueden, pues, ser empleados por la policía. Solamente algunos de ellos están a su alcance. Se trata de saber cuáles.

Bonnard y algunos otros autores, como ya se vio, consideran que los únicos medios susceptibles de ser empleados por la policía para alcanzar su fin son los fijados por la ley o por la jurisprudencia al interpretar el espíritu general del sistema jurídico.

Hauriou no se atreve a formular una regla tan neta. Para él es menester hacer previamente varias distinciones: a)—medios de policía administrativa susceptibles de ser empleados en las propiedades privadas; b)—medios de policía empleables en las vías públicas, y, c)—medios de policía permitidos

en lugares públicos distintos de las vías públicas.

Los primeros son limitadísimos; están reducidos a aquéllos especialmente autorizados o consagrados legítimamente por una ley.

Los segundos son mucho más amplios porque las vías públicas son dependencias del dominio público y allí la policía no tropieza con los derechos de propiedad privada. De esa suerte, en materia de circulación, por ejemplo, sin necesidad de ley expresa, se le ha reconocido a la policía el derecho de limitar, prohibir o reglamentar en nombre de la tranquilidad pública, no la circulación individual, pero sí la circulación en cortejo.

Y finalmente, por lo que respecta a otros lugares públicos (como teatros, cafés, cabarés, casas de juego, bailes públicos, carreras de caballos y reuniones públicas), si no existen "textos que permitan prohibir o someter a autorización previa tal o cual regocijo público....., se debe concluír que la policía no tiene el derecho de prohibición".

Dentro del sistema constitucional colombiano no podría resolverse el delicado problema de los medios lícitos de policía administrativa mediante el procedimiento radical,—que algunos expositores preconizan para Francia y que otros casi llegan a aceptar aunque con algunas restricciones por lo que respecta a las vías públicas especialmente—consistente en establecer que ninguno de los derechos de imposición o prohibición existe sino en cuanto encuentre su principio en una ley que autorice la limitación o restricción a la respectiva libertad afectada.

Y ello por dos motivos: a)—Porque no bastaría que una ley autorizara restricciones a una libertad constitucional, si la ley no es en sí misma constitucional; b) Porque conforme a la Constitución ciertas libertades públicas pueden ser directamente reglamentadas por las autoridades, desde el punto de vista de la policía administrativa, a tiempo que con respecto a otras sólo al legislador le permite la Carta determinar las condiciones de su ejercicio.

Así, por ejemplo, mientras los artículos 46 de la Constitución y 15 del Acto Legislativo número 1º de 1936 (inciso segundo) le atribuyen directamente a la autoridad administrativa competente, el poder de reglamentar, por motivos de policía y para fines de policía, la libertad de reunión y la libertad de industria, sin necesidad de que por medio de leyes se faculte a tales autoridades para dicho objeto o se les señale su radio de acción, otros textos, como los concernientes a la libertad individual (artículos 23 y 26 de la Constitución), a la libertad de prensa (artículo 42), a la libertad de cultos (antes artículo 40 de la Constitución y hoy artículo 13 del Acto Legislativo número 1º de 1936), a la libertad de asociación (artículo 20 del Acto Legislativo número 1º de 1936), le asignan exclusivamente al legislador el poder de señalar y determinar los límites que, desde el punto de vista de policía y para los fines de ésta, hayan de tener, en su ejercicio, dichas libertades, de tal suerte que las autoridades administrativas, con respecto a ellas, no podrán cumplir su misión de policía sino dentro de la órbita señalada por esas leyes.

En efecto: los artículos 23, 26 y 42 de la Constitución, 13 del Acto Legislativo número 1º de 1936 y 20 del mismo Acto Legislativo, que acaban de citarse, hacen todos expresa referencia a las "formalidades legales" o a "un motivo previamente definido en las leyes" o al "orden legal" o a la conformidad de la respectiva medida con "las leyes preexistentes", a tiempo que los otros textos citados (artículos 16 de la Constitución y 1º del Acto Legislativo de 1921), sin emplear ninguna de esas locuciones ni otras semejantes o análogas, y sin hacer referencia alguna al legislador, establecen que "la autoridad podrá disolver toda reunión que degenere en asonada o tumulto o que obstruya las vías públicas" y que "las autoridades inspeccionarán las industrias y profesiones en lo relativo a la moralidad, la salubridad y la seguridad públicas".

Se ve por ello que, conforme a nuestro sistema constitucional, en algunos casos, la reglamentación de las autoridades administrativas de policía tiene que moverse dentro del radio de acción que la ley especialmente haya señalado en desarrollo de los principios constitucionales, sin que en esos casos tales autoridades puedan fijar o señalar condiciones nuevas para el ejercicio de una libertad distintas de aquéllas constitucionalmente autorizadas o reglamentadas por el propio legislador, mientras que en otros casos las autoridades administrativas de policía pueden reglamentar y aun limitar las respectivas libertades, en función del orden público, sin necesidad de que leyes preexistentes hayan fijado el radio de acción de las medidas de policía.

Pero esto último no significa, conforme a lo expuesto más arriba, que las autoridades administrativas dispongan de todos los me-

dios que ellas estimen conducentes a la realización del fin de policía administrativa. Si es verdad que, por lo dicho, no están, en tales hipótesis, obligadas a moverse dentro del radio de acción que una ley les haya trazado previamente, no es menos cierto que, de todos modos, los medios de que se valgan no podrán implicar una restricción indefinida a esas libertades, ni podrán afectar otras cuya reglamentación sea de la exclusiva incumbencia del legislador, ni podrán violar las leyes que éste haya dictado dentro de sus atribuciones constitucionales, ni podrán ser extraños al carácter puramente preventivo y coercitivo de la policía, ni podrán ser ejercitados sino cuando existe un verdadero motivo de policía y con un fin de policía, ni podrán llegar a invadir la zona de acción de los jueces.

Especialmente el ejercicio de esos medios estará limitado por el hecho de que ellos deben ser, por una parte de carácter provisional, y por otra parte adecuados al fin de policía que se trata de alcanzar, es decir que la medida impuesta no debe ser demasiado rigurosa, y que si una medida menos rigurosa basta, es ésta la que debe emplearse.

La policía administrativa cumple su misión, dentro de las normas que acaban de expresarse con respecto a los medios de que dispone, estableciendo reglas jurídicas en los reglamentos que dicte y asegurando la ejecución de esas normas por medio de la coerción, pero en ningún caso por medio de la sanción penal.

El reglamento es una manifestación de voluntad administrativa en forma de regla general escrita, emitida por una autoridad que tenga poder reglamentario.

Aun cuando las autoridades administrativas derivan su poder reglamentario formalmente de la Constitución y de la organización administrativa, pues "hay que considerar como falsa la teoría según la cual el poder reglamentario es una derivación del poder legislativo", dicho poder reglamentario, en cuanto se refiere a la policía administrativa, encuentra su propia limitación, por el peligro que entraña para la efectividad de las libertades públicas, en las siguientes reglas:

a) En principio, "es y debe ser del dominio de la ley toda condición nueva impuesta al ejercicio de una libertad así como toda organización del Estado importante para la garantía de una libertad", siendo de advertir que a su turno esa ley debe estar de acuerdo con la letra y el espíritu de la Constitución;

b) En las materias en que el constituyente les reservó directamente a las autoridades administrativas el poder de reglamentación, no será necesario que una ley preexistente autorice el reglamento de policía y determine el radio de acción de ésta, pero no por ello podrá el reglamento estar en contradicción con los términos de una ley que sea constitucional, ni con el espíritu de la ley, ni con una libertad definida consagrada por una ley, siendo de advertir que se entiende por libertad definida una libertad con respecto a la cual los poderes constituyente y legislativo no se han limitado a sentar el principio sino que han ido hasta definir sus límites;

c) Ni en uno ni en otro caso pueden las autoridades de policía pretender asegurar la ejecución o cumplimiento de sus reglamentos por medio de procedimientos distintos de la coerción.

La coerción consiste en el empleo directo, por la autoridad administrativa, de la fuerza pública para obtener un cierto resultado de hecho: arrestos, allanamientos de domicilio, disolución de reuniones, cierre o clausura de establecimientos, lanzamientos, etc.

La decisión de la autoridad que aplica la coerción no es una condenación penal sino un acto administrativo que tiene por fin obtener por la fuerza una obediencia de hecho inmediata a las órdenes dadas o hacer desaparecer un obstáculo de hecho que impide la ejecución de una operación administrativa.

La coerción se distingue de la represión penal en que en el sistema de la represión penal la autoridad administrativa no tiene otro derecho que el de constatar el incumplimiento de sus órdenes para llevar el caso ante un juez que deducirá las consecuencias de la infracción. "Esta interposición de un juez entre la policía y el delincuente—dice Hauriou—constituye la principal garantía del sistema de la represión penal y explica que ese sistema se haya sustituído casi por completo al de la coerción directa que presenta pocas garantías. Pero, por otro lado, la longitud de la represión penal hace que, para los casos urgentes, haya necesidad de reservar la posibilidad del empleo de la coerción directa".

La vía ordinaria para la ejecución de las leyes y reglamentos consiste en la interven-

ción del poder judicial, que pronuncia sobre la cuestión litigosa un fallo, de tal suerte que la ejecución de la ley o del reglamento se ve así transformada en la ejecución de una sentencia.

"Así, explica Hauriou, lo mismo para los reglamentos que para las leyes, el principio es el de que la sanción debe ser obtenida por procedimientos judiciales"; pero, para los casos urgentes, en la medida de la urgencia y en cuanto ello se justifique por un motivo de policía y tienda a un fin de policía, se podrá emplear la coerción, que no puede por lo demás crear sino una situación provisional que no dura sino hasta el restablecimiento del orden material y exterior, y que no puede tener el carácter de un castigo o de una sanción penal, reservada a los jueces, sino el carácter de una providencia limitada estrictamente a lo necesario para evitar que se produzcan o que perduren, si ya se han producido, perturbaciones de cualquier clase en la tranquilidad, en la seguridad o en la salubridad públicas.

En síntesis: la policía administrativa para realizar su FIN—la conservación del orden público en sus tres elementos ya indicados—establece, dentro de la legalidad y por medio de la reglamentación, normas jurídicas que por su misma naturaleza y de manera inevitable implican restricciones para las libertades públicas, pero estas restricciones no pueden extenderse hasta donde lo requiera el FIN de la policía administrativa sino hasta donde lo permitan las leyes o los textos constitucionales que, para ciertas materias, le atribuyen directamente a las autoridades administrativas ese poder de reglamentación, que jamás puede extenderse hasta definir delitos o contravenciones y señalarles penas. Las infracciones de tales reglamentos acarrean normalmente sanciones civiles o penales impuestas por los jueces ordinarios de acuerdo con las leyes. Excepcionalmente, y cuando ello sea indispensable y urgente, la misma policía administrativa, para asegurar el cumplimiento de los reglamentos, podrá hacer uso de la coerción, que es distinta de la sanción penal y que no la convierte en juez, ni implica la facultad de castigar o sancionar.

Policía penal

Los antiguos Estados Soberanos, al mismo tiempo y con el mismo derecho con que dictaron sus respectivos códigos penales, expidieron códigos o leyes de policía en los cuales reservaron uno o varios capítulos o títulos a los delitos y contravenciones de la competencia de la policía y a los procedimientos para el juzgamiento y castigo de esos delitos y contravenciones.

En otros términos: lo que debía ser materia exclusiva del Código Penal quedó en cierto modo repartida entre éste y el respectivo Código de Policía que vino así a contener una especie de dependencia o sucursal del Código Penal, constituída por el conjunto de disposiciones que definen y castigan delitos o contravenciones.

Asímismo lo que debía ser materia exclusiva del respectivo Código Judicial quedó también repartida entre éste y el respectivo Código de Policía, en cuanto éste le atribuyó el conocimiento y fallo de determinados asuntos a los jueces de policía y señaló los procedimientos pertinentes.

Al reconstituirse la nación colombiana en forma de república unitaria, el legislador de 1887, por medio del artículo 321 de la ley 153, dispuso que los códigos de policía de los Estados continuarían en vigor como ordenanzas departamentales en cuanto no fueran contrarios a la Constitución y leyes de la República.

No se hicieron en los códigos departamentales de policía las adaptaciones requeridas por el nuevo orden constitucional, y de ahí el que en una forma anómala hubieran seguido teniendo los departamentos algo así como pequeños códigos penales incrustados dentro de sus ordenanzas de policía.

De otro lado, el legislador nacional, después de haber facultado al Gobierno por la ley 23 de 1890 para establecer, organizar y sostener un cuerpo de policía, por la ley 72 de ese mismo año le atribuyó a ésta el conocimiento de los delitos de hurto de menos de diez pesos.

Posteriormente, la ley 169 de 1896 les dio a los jefes e inspectores de policía el carácter de funcionarios de instrucción; la ley 40 de 1907 les asignó el conocimiento de los delitos de robo, hurto, estafa, abuso de confianza, daño en bienes ajenos y demás contra la propiedad por cuantía menor de veinte pesos, y la ley 43 de ese mismo año estableció jurisdicciones y procedimientos de policía.

Más tarde, el legislador de 1915, por medio de la ley 41, que es quizás la más importante sobre la materia, estableció que los jefes de investigación criminal y los inspectores de permanencia, como jefes de po-

licía judicial, conocerían y fallarían a prevención con los jefes e inspectores municipales de policía local sobre delitos y contravenciones de competencia de la policía, según las ordenanzas de las asambleas departamentales respectivas, y que los procedimientos serían los ordinarios y verbales determinados en tales ordenanzas.

Las leyes 92 de 1920 y 58 de 1921 establecieron, en primer término, que la policía conocería de todos los delitos contra la propiedad, cualquiera que fuera su denominación jurídica, siempre que la cuantía no excediera de cincuenta pesos, y, en segundo lugar, que el procedimiento que debe adoptar la policía para el juzgamiento de las infracciones de su incumbencia es el señalado en las respectivas ordenanzas departamentales.

Mediante esa serie de leyes, no sólo quedaron como quien dice legalizadas las ordenanzas departamentales de policía en cuanto contenían disposiciones de orden penal y de orden judicial, sino que quedó establecida una jurisdicción especal nacional, impropiamente llamada de policía, para el juzgamiento y castigo de determinados delitos y contravenciones.

Posteriormente, la ley 69 de 1928 definió nuevos delitos contra la tranquilidad pública, les señaló las penas respectivas y organizó la jurisdicción de prensa y orden público.

Pero es obvio que tanto esta jurisdicción como la otra que, por llamarla de algún modo, se denominó de policía, ejercida por los funcionarios nacionales designados en las leyes respectivas o por los funcionarios departamentales o municipales indicados en las respectivas ordenanzas, quedaron estrictamente limitadas, por una parte, al conocimiento y juzgamiento de los delitos e infracciones expresa y especialmente definidos por las leyes y ordenanzas de policía, y, por otra, a la imposición de las penas y sanciones expresa y especialmente establecidos por el propio legislador o autorizadas por éste y contenidas en las ordenanzas.

Conclusiones teóricas

De todo lo hasta aquí expuesto se deduce:

1º Que, ya se trate de radiodifusión o de cualquiera otra actividad, no entran ni pueden entrar dentro de las funciones de la policía administrativa, ni, por ende, dentro de las atribuciones que el Gobierno tiene en virtud del ordinal 3º del artículo 120 de la Constitución y demás textos sobre policía, la facultad de definir delitos o contravenciones, ni la facultad de señalarles penas, ni la facultad de atribuírse el juzgamiento de ellos, pues en Colombia, de acuerdo con la Constitución y las leyes, sólo pueden ser castigados los delitos y contravenciones definidos por el Código Penal, por las leyes especiales y por las ordenanzas de policía, y ello únicamente con las penas allí establecidas y mediante juzgamiento hecho por los funcionarios competentes que son aquellos a quienes tal misión les está encomendada por el Código Judicial, por las ordenanzas sobre policía, y por las leyes especiales sobre policía nacional;

2º Que el hecho de que en Colombia haya, por razones históricas que ya se explicaron, una policía penal, distinta de la policía administrativa y de la policía judicial, no quiere decir que sea de la incumbencia de la policía administrativa la función de definir y castigar delitos, ni significa que la policía penal pueda tener un radio de acción distinto del expresamente señalado por las leyes especiales que la reglamentan. Esa policía penal sólo significa la atribución de jurisdicción a ciertos funcionarios que se llaman de policía, para ciertos delitos menos graves y para las contravenciones, y el señalamiento de ciertos castigos no establecidos en el Código Penal pero sí por medio de leyes dictadas por el mismo legislador que expidió el Código Penal o por medio de ordenanzas autorizadas o en cierto modo aprobadas o legalizadas por tal legislador;

3º Que, al ejercer sus atribuciones de policía administrativa respecto de la radiodifusión, el Gobierno no puede ni definir delitos o contravenciones no definidos por el Código Penal, por las leyes de policía o por las ordenanzas de policía, ni señalar castigos o penas no establecidos por ese Código, por esas leyes o por esas ordenanzas, ni crear jurisdicciones distintas de las creadas por las leyes o por las ordenanzas de policía, ni señalar condiciones nuevas no autorizadas por las leyes respectivas para el ejercicio de las libertades constitucionales cuya reglamentación le está atribuída al legislador, ni limitar o menoscabar las otras libertades por motivos que no sean de policía o para fines distintos de los fines de policía o en virtud de medios de policía en sí ilícitos o ilegales;

4º Que si bien es cierto que el Gobierno, de acuerdo con los poderes constitucionales que tiene, en orden al mantenimiento

de la tranquilidad, la seguridad y la salubridad públicas, puede dictar reglamentos de policía y en ciertos casos excepcionales hacer cumplir sus órdenes por medio de la coerción, esos reglamentos y el uso de esa coerción están subordinados: 1º, a la finalidad de la policía administrativa, que es la conservación del orden público, pero del orden exterior, material, no del orden en los sentimientos y en las ideas; 2º, a la prohibición de emplear medios de policía que, aunque conducentes al mantenimiento del orden público, no sean admisibles, ya por ser contrarios a la legalidad, ya por no estar autorizados por las leyes reglamentarias de las libertades públicas, cuya reglamentación incumbe al legislador, ya por no tener el carácter enteramente provisional y transitorio que deben tener esos medios por lo que respecta a la coerción, ya, finalmente, por implicar restricciones o limitaciones a las libertades públicas incompatibles con el espíritu de la Constitución y de las leyes;

5º Que, en consecuencia, por lo que respecta a la radiodifusión, el Gobierno puede perfectamente, dentro de sus funciones de policía, dictar reglamentos y aún ejercer restringidamente la coerción para evitar interferencias o dificultades de otro orden en la perifonía o perjuicios a los demás servicios de comunicaciones eléctricas, o para determinar las partes del espectro que pueden dedicarse a la radiodifusión, o para hacer clasificaciones de las estaciones de acuerdo con la potencia irradiada, o para fijar el mínimo de modulación, o para impedir el cambio de los tubos usados en una estación por otros de tipo o capacidad distintos de los aprobados al obtener la licencia, o para lograr que se mantenga a todas horas la potencia irradiada dentro de los límites especificados, o para exigir en cada radiodifusora los instrumentos de medida adecuados para conocer la corriente de antena y el voltaje y amperaje de corriente directa de la última etapa de radiofrecuencia, o para controlar el uso de los equipos de emergencia, etc., etc., porque al hacer eso el Gobierno actúa dentro del natural campo de actividad de la policía administrativa, comoquiera que al tomar esas medidas sólo pretende que en orden a la seguridad y tranquilidad públicas se eviten, en las actividades de la radiodifusión, verdaderos desórdenes materiales y externos que darían por resultado una perturbación social consistente en la imposibilidad o dificultad para captar las trasmisiones de las estaciones radiodifusoras establecidas o que se establezcan; pero no puede, en cambio, ni aplicar penas o sanciones, ni juzgar delitos o contravenciones, ni erigir en delito o contravención hechos que no lo estén en el Código Penal, en las leyes de policía o en las ordenanzas de policía, ni señalar, para los hechos que legalmente sí impliquen delito o contravención, penas distintas a las establecidas por el Código Penal, las leyes o las ordenanzas de policía, ni reservarse la facultad de conceder o no conceder, a su arbitrio, autorizaciones previas para el funcionamiento de estaciones;

6º Que si por medio de la radiodifusión se cometen delitos o infracciones definidos y castigados por las leyes o por las ordenanzas de policía, habrá lugar a la aplicación de las penas respectivas por medio de los funcionarios que para el caso tengan jurisdicción, pero no podrá haber lugar a la aplicación, por el Gobierno, de penas no establecidas en esas leyes u ordenanzas, pues el Gobierno, para hacer cumplir las disposiciones reglamentarias que dicte, no podrá acudir directamente sino a la coerción, que es una cosa distinta de la sanción penal y que en todo caso tiene un carácter provisional, transitorio, proporcionado a la necesidad del restablecimiento del orden y que en ningún caso puede ir más allá de lo que sea estrictamente necesario para ese fin. Se podrá, en virtud de la coerción, por ejemplo, impedir el funcionamiento de una determinada estación por el tiempo necesario para evitar que su deficiencia técnica produzca interferencias u otras molestias o peligros, pero no se podrá ordenar una clausura definitiva porque ésta deja de ser ya una medida de coerción para convertirse en una sanción penal que el legislador no ha autorizado y que en el caso de autorizar tendría que ser aplicada por un juez que de acuerdo con las leyes tuviera jurisdicción para el caso;

7º Que no solamente le está vedado al Gobierno el crear, por medio de decretos, sanciones penales distintas de las establecidas por leyes u ordenanzas y aplicar esas sanciones a hechos definidos o no definidos como delitos o contravenciones en tales leyes y ordenanzas, sino que también le está prohibido tomar o decretar medidas —no autorizadas por el legislador— que impliquen molestia para alguien en su persona o familia o privación en todo o en parte de su propiedad, porque así como el artículo 26 de la Constitución establece que nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes, el 28

dispone que nadie podrá ser molestado en su persona sino a virtud de mandamiento escrito de autoridad competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en las leyes, y el artículo 10 del Acto Legislativo número 1 de 1936 garantiza la propiedad privada sin más limitaciones ni restricciones que aquellas que el legislador establezca dentro de los límites allí señalados. Este último texto amplía, con respecto a la propiedad, las atribuciones del legislador, pero no las del Ejecutivo que, conforme a tal disposición, tampoco podrá ahora privar a nadie de su propiedad en todo o en parte ni siquiera por pena o apremio o indemnización o contribución general sino con arreglo a las leyes.

Examen de las disposiciones acusadas

Dejando a un lado los artículos 34 y 36, sobre cuya constitucionalidad ya se habló, las disposiciones del decreto 1355 pueden clasificarse en cuatro grupos, así:

1º Las que tienden a eliminar interferencias o a evitar dificultades en el funcionamiento de la radiodifusión o perjuicios a los demás servicios de comunicaciones eléctricas, así como las que dedican determinadas partes del espectro al servicio de radiodifusión o clasifican las estaciones de acuerdo con la potencia irradiada o señalan el mínimo de modulación, o prohiben el cambio de tubos, o exigen que se mantenga la frecuencia dentro de ciertos límites y en determinadas condiciones, o requieren la instalación de instrumentos de medida, o fijan el sistema de control de los trasmisores de emergencia, o, en general, reglamentan la técnica de la radiodifusión para conservar el orden en el funcionamiento general de ésta. Tales son los artículos 2º (inciso primero), 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10º, 11, 12, 13, 16, 17, 18, 19, 20, 24, 25, 26, 27, 29 y parágrafo del artículo 15;

2º Las que obligan a los concesionarios a anunciar las letras o distintivos de su estación, a hacer las advertencias relativas a reproducción mecánica, a mantener registros de programas, de horas de funcionamiento, etc., a conservar el texto escrito de las conferencias, disertaciones, boletines noticiosos e informativos, etc., a no difundir sino mediante ciertos requisitos las noticias que publiquen los periódicos y que constituyan servicios especiales de prensa, y a someter en ciertos casos a pase previo los programas. (Artículos 21, 22, 23, 28, 30, 32, 33, 35 y segundo inciso del artículo 31);

3º Las que establecen impuestos y las que señalan penas secundarias o corporales o la sanción de clausura de la estación, por un tiempo determinado o en forma definitiva, para los casos de infracción de las disposiciones del decreto así como para los casos en que la radiodifusión se utilice para atentar contra la moral pública o la seguridad del país o contra la honra de las personas o el respeto debido a las autoridades legítimas o para propagar noticias falsas o tendenciosas o para incitar en cualquier forma al desconocimiento de las autoridades, al desobedecimiento de la ley o a la perturbación del orden público, lo mismo que aquellas que autorizan al Gobierno para tomar determinadas medidas en caso de conmoción interior o peligro de que a juicio de aquél se altere la paz pública. Tales son los artículos 2º (en su inciso segundo), 31 (en su inciso primero), 41 y 43;

4º Las concernientes a la necesidad de un permiso previo para instalar estaciones radiodifusoras. (Artículos 1º, 14, 15, 38, 39 y 40).

Es claro, según todo lo dicho arriba, que las disposiciones del primer grupo son perfectamente constitucionales porque, como lo observa Berthelemy (13ª edición, página 815), si bien es cierto que la libertad de radiodifusión se impone en la misma forma que la libertad de palabra, "ese principio de libertad sufre, por la fuerza de las cosas, —o más exactamente por la deficiencia de los medios técnicos— una importante excepción. De dondequiera que ellas sean emitidas, las ondas eléctricas sacuden el éter hasta el infinito; y si no se evita, ellas se superpondrán, se cruzarán, se embrollarán hasta el punto de que al interceptarlas no se obtendrá nada inteligible. Supongamos que un millar de personas quieren, en un mismo lugar, hablar al mismo tiempo en el mismo tono; ningún oído podrá distinguir lo que ellas dicen. Un fenómeno semejante se producirá sobre los aparatos receptores si son golpeados al mismo tiempo por el concurso de ondas discordantes emitidas de todos los puntos del universo. La técnica ha encontrado a este mal un remedio al menos parcial. Se ha llegado a comprender que para hacer práctica la explotación de la invención, convenía reglamentar, por acuerdo internacional, el campo de ondas utilizables por cada Estado y efectuar, por otra parte, en el interior de cada Estado, la repartición razonable de las ondas disponibles entre un nú-

mero limitado de estaciones emisoras. La solución, prácticamente delicada, de esta repartición de las ondas utilizables, no es posible sino con el concurso de la Administración, obligada a reservar las que sean necesarias para el funcionamiento regular de los otros servicios radioeléctricos, lo mismo que para el funcionamiento de las estaciones públicas, que, en su concepto, convenga instalar".

A esa reglamentación técnica se refieren las convenciones internacionales aprobadas por las leyes 23 de 1930 y 10 de 1933. En cumplimiento de ellas o independientemente de ellas el Gobierno podrá, en razón de sus altas funciones relativas a la policía administrativa, evitar en la radiodifusión el desorden material y exterior a que daría lugar la anarquía en la utilización de las ondas.

Las disposiciones del segundo grupo son también constitucionales, pues en su mayor parte constituyen el ejercicio de la facultad de inspección concedida a las autoridades administrativas en lo concerniente a la moralidad, la seguridad y la salubridad públicas, conforme al artículo 15 del Acto Legislativo número 1° de 1936, que, en su inciso segundo, reproduce un principio tradicional en el derecho constitucional colombiano, pues aunque en dicho texto no se emplea la palabra "industria" usada por el artículo 44 de la Constitución, por el artículo 1° del Acto Legislativo número 1° de 1918, por el artículo único del Acto Legislativo número 1° de 1921 y por el artículo único del Acto Legislativo número 1° de 1932, es claro que de la confrontación del referido artículo 15 con el artículo 11 del mismo Acto resulta que la modificación que se introdujo en lo concerniente a la libertad de industria consistió en ampliar los poderes del legislador al respecto, pero no en restringir los de las autoridades administrativas.

Las disposiciones del segundo grupo que no constituyen propiamente ejercicio de la facultad de inspección a que se acaba de aludir no son otra cosa que aplicaciones legalmente hechas por el Poder Ejecutivo, al caso de la radiodifusión, de la legislación sobre propiedad intelectual, literaria y artística.

No está por demás advertir en relación con el inciso segundo del artículo 31 del Decreto que si la Corte lo considera constitucional es en razón de la facultad de INSPECCION de que se viene hablando y sobre la base de que una recta interpretación de él limita su aplicabilidad a los casos en que mediante dicho texto se ejerza esa INSPECCION para fines de policía administrativa, por motivos de policía y como objeto de policía.

En otros términos: el referido artículo—que encuentra su fundamento y al mismo tiempo el criterio de su recta interpretación en la atribución de policía que al Gobierno le confiere la Constitución en relación con la inspección de las profesiones, industrias y oficios—está condicionado naturalmente por la noción misma de policía tal como ella ha sido explicada arriba. Así entendida esta disposición es constitucional como objeto de policía, es decir, como medida apropiada destinada a asegurar la tranquilidad, la seguridad y la salubridad públicas (Bonnard, página 320).

Las disposiciones del tercer grupo son en cambio notoriamente inconstitucionales: de acuerdo con el artículo 6° del Acto Legislativo número 3 de 1910, en tiempo de paz solamente el Congreso, las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales pueden imponer contribuciones y de acuerdo con los artículos 23 y 26 de la Constitución "nadie podrá ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado sino a virtud de mandamiento escrito de autoridad competente, CON LAS FORMALIDADES LEGALES Y POR MOTIVO PREVIAMENTE DEFINIDO EN LAS LEYES", y "nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se impute, ante tribunal competente y observando la plenitud de las formas de cada juicio," y es claro que el artículo 41 del Decreto viola el primero de los textos constitucionales citados y que el artículo 43 y el segundo inciso del artículo 2° violan los otros dos textos constitucionales a que se acaba de hacer referencia.

Por lo que atañe al artículo 41 del Decreto basta observar: que como el artículo 34 prohíbe terminantemente emplear las estaciones radiodifusoras para servicios de naturaleza diferente del de perifonía, que no queda comprendido, según lo antes dicho, dentro del monopolio de los artículos 137 y 138 del Código Fiscal, no pueden ser considerados los gravámenes o cargas de que habla el artículo 41 como contraprestaciones de una concesión administrativa, sino que tienen liza y llanamente el carácter de un impuesto sobre una industria lícita y libre. Tampoco se podría entender ese artículo en el sentido de que el gravamen por él establecido está comprendido dentro de los auto-

rizados por la legislación de timbre nacional, pues el artículo dice que los derechos deben pagarse en un solo contado" y que "el comprobante de lo pagado por cada anualidad deberá agregarse a la respectiva licencia".

El artículo 43 del Decreto viola los artículos 23 y 26 de la Constitución. Si por medio de la radiodifusión se cometen delitos o contravención de los definidos y castigados en el Código Penal, en las leyes y en las ordenanzas de policía, los funcionarios competentes aplicarán las penas allí mismo establecidas, pero es claro, según todo lo que antes se explicó, que el Gobierno no puede atribuírse la facultad de juzgar él esos delitos o contravenciones, ni la de decretar para éstos penas distintas de las establecidas por leyes preexistentes, ni mucho menos erigir en delito o contravención lo que la ley o las ordenanzas no han definido como tál. El artículo 43 del Decreto no prescribe medidas de coerción, únicas que la policía en cuanto tal puede tomar, como ya se vio, sino que establece verdaderas sanciones penales, y esto únicamente el legislador puede hacerlo. Las autoridades administrativas dentro de sus atribuciones de policía podrían llegar en ciertos casos graves y que presenten caracteres de urgencia hasta cerrar provisionalmente una estación, mientras se asegura el restablecimiento del orden y en cuanto ello sea necesario para ese objeto, pero en ningún caso pueden convertirse en tribunales de justicia, ni aplicar penas en casos distintos de los contemplados por el artículo 27 de la Constitución—que nada tiene qué ver con la cuestión que se estudia—, ni mucho menos legislar en el sentido de establecer penas o sanciones, pues al tenor de los referidos textos constitucionales esa es misión privativa del legislador.

La policía administrativa está llamada a conservar el orden público, pero el orden material y exterior, no el orden en las ideas y en los sentimientos, porque entonces ya no obraría como policía. Para cumplir esa misión—como ya se vio—puede valerse, dentro de los límites antes explicados, de la reglamentación y de la coerción, pero no puede decretar sanciones que el legislador no haya decretado ni convertirse en juez para la aplicación de esas sanciones. El artículo 43 al establecer las sanciones que establece invade la órbita del poder legislativo y al disponer como dispone que el Ministro de Correos y Telégrafos es el llamado a aplicar esas sanciones y por consiguiente a juzgar cuándo es el caso de aplicarlas, le asigna a dicho funcionario en una forma inadmisible funciones judiciales. Todo ello implica violación de los textos constitucionales antes citados. Si el legislador estima que con motivo del desarrollo de la radiodifusión es necesario definir nuevos delitos y contravenciones no previstos por las leyes y establecer las correspondientes sanciones, obvio es que puede dictar las leyes respectivas, con sujeción a las normas constitucionales. Pero lo que es el Poder Ejecutivo no puede hacer eso. Sus atribuciones de policía jamás pueden alcanzar hasta allá. Ni se diga que teniendo como tiene en Colombia la policía jurisdicción para fallar sobre determinados delitos y contravenciones, la misión de ella es más amplia y puede extenderse en la forma en que el Decreto lo hace, pues al respecto lo único cierto es que el mismo legislador que tuvo poder para dictar el Código Penal y el Código de organización judicial definió por medio de leyes especiales otros delitos y contravenciones y les señaló las penas respectivas, y a determinados funcionarios—que impropiamente se han considerado como pertenecientes a la policía—les dio jurisdicción para esos casos en la misma forma en que, para los demás, se la había dado a los jueces de circuito, a los jueces superiores, etc. Es obvio que todo ello—obra del legislador—no puede significar que los funcionarios administrativos a quienes el legislador no les dio esa jurisdicción puedan ser investidos de ella por medio de un decreto, ni puede implicar para la autoridad administrativa la facultad de dictar decretos de policía que vengan a ser como dependencias o sucursales del Código Penal y del Código de organización judicial.

Lo propio puede decirse del inciso segundo del artículo 2º, pues allí tampoco se trata de una medida de coerción—que no podría durar más de lo que dure el desorden que se pretenda evitar—sino de una verdadera sanción penal.

Y en lo que atañe al inciso primero del artículo 31 basta observar que la manera como él está redactado implica que el Gobierno se reserva la facultad de hacer prohibiciones de carácter general e indefinido, lo que tampoco entra dentro de las atribuciones de la policía admnistrativa, porque no encaja de ninguna manera en la noción de coerción.

Respecto de las disposiciones del cuarto grupo—que se refieren todas al asunto del permiso o licencia para la instalación o cons-

trucción de estaciones radiodifusoras—debe observarse: que a diferencia de lo que se estableció en el artículo 17 del Decreto para las licencias de operación—con respecto a las cuales se dijo terminantemente que serían concedidas una vez que los ensayos efectuados demostraran el correcto funcionamiento de la estación—los artículos concernientes a la licencia de instalación o construcción no disponen que ésta debe ser concedida si se llenan los requisitos del artículo 14. Por el contrario, en el artículo 39 se dice que el Gobierno podrá negar las licencias cuando así lo aconsejen las conveniencias de la administración pública o los progresos de la técnica. Como no puede quedar al capricho o al arbitrio del Gobierno el conceder o no conceder las licencias porque ello sería contrario a la libertad de industria, las aludidas disposiciones no pueden ser constitucionales en cuanto ellas implican que el Gobierno puede abstenerse de conceder la licencia aun en los casos en que se llenen todos los requisitos técnicos exigidos. Dentro de las atribuciones de policía del Gobierno está la de impedir, inclusive por la fuerza, si fuere necesario, el funcionamiento de aquellas estaciones que por razones de carácter técnico o por cualquier otro motivo perturben el orden de la radiodifusión. Por lo mismo el Gobierno puede reglamentar la cuestión de los permisos o licencias sobre la base de que éstos serán concedidos siempre que se llenen todos los requisitos técnicos exigibles para evitar perturbaciones en la radiodifusión, pero no puede atribuírse la facultad de negar arbitraria o caprichosamente tales permisos o licencias pues ello constituiría un atentado contra la libertad de industria no autorizado ni por la Constitución ni por las leyes ni por la doctrina administrativa sobre policía. La Constitución le permite al Gobierno intervenir en las industrias, oficios y profesiones en orden a la conservación de la tranquilidad, de la seguridad y de la salubridad públicas pero no hasta el punto de impedir su ejercicio por razones ajenas al orden público, entendido en su sentido exterior y material ya explicado.

No obstante lo dicho, como los artículos 1º, 14, 15, 38—aunque forman con el 39 un conjunto armónico—no establecen directa y expresamente que el Gobierno pueda negar arbitrariamente los permisos o licencias, pues sólo en el artículo 39 vino a quedar en realidad consignada expresamente esa norma, basta con declarar la inexequibilidad de este último sobre la base de que naturalmente los otros no pueden ser interpretados ni aplicados en el sentido de que implícitamente contengan la facultad de negar los permisos o licencias por razones que no sean de carácter estrictamente técnico.

Por lo que atañe al parágrafo del artículo 1º, apenas sí hay necesidad de confrontar su contenido con el del artículo 5º del Acto Legislativo número 1º de 1936 para que aparezca de manifiesto la inconstitucionalidad de aquél, pues al tenor de la norma constitucional sólo el legislador podría limitar los derechos de los extranjeros en la forma en que el Ejecutivo ha pretendido hacerlo por medio de un decreto. No sería distinta la conclusión si se analizara el Decreto a la luz del artículo 11 de la Constitución de 1886.

Por todo lo cual la Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia, en ejercicio de las altas funciones constitucionales que le señala el artículo 41 del Acto Legislativo número 3 de 1910,

Resuelve:

1º—Son inexequibles los artículos 41 y 43 del Decreto Ejecutivo número 1365 de 31 de julio de 1935 por el cual se reglamenta la concesión de licencias para la instalación y explotación de estaciones radiodifusoras;

2º—Es inexequible el inciso segundo del artículo 2º en cuanto establece que "se cancelará inmediatamente la licencia y no se autorizará de nuevo el funcionamiento de la misma estación sino pasado un año a contar desde la fecha en que se haya cerrado. Si después de notificado el propietario de una estación de la cancelación de la licencia volvieren a verificarse trasmisiones se aplicará lo dispuesto en el artículo 39 de este Decreto";

3º—Es inexequible también el artículo 37 del mismo Decreto pero únicamente en cuanto establece que el Gobierno podrá tomar las medidas allí previstas en casos distintos de los contemplados en los artículos 33 de la Constitución y 33 del Acto Legislativo número 3 de 1910;

4º—Es asimismo inexequible el inciso primero del artículo 31 del Decreto en cuestión pero únicamente en cuanto implica de un modo general la facultad de prohibir la radiodifusión en los casos allí previstos y no en cuanto implica la prohibición de hacer

uso de ella para actos vedados por las leyes, ni en cuanto contiene la facultad de impedir en casos concretos que se utilice la radiodifusión para actos de esa clase;

5º—Es también inexequible el parágrafo del artículo 39, pero únicamente en cuanto las normas jurídicas allí contenidas implican la facultad para el Gobierno de otorgar o no otorgar, a su arbitrio y sin que la negativa, en caso de haberla, dependa de razones técnicas, la licencia de construcción o instalación;

6º—Es inexequible el parágrafo del artículo 1º;

7º—Son exequibles todas las demás disposiciones del mencionado decreto 1365 de 1935.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la GACETA JUDICIAL y archívese el expediente.

Pedro Alejo Rodríguez, Aníbal Cardoso Gaitán, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Salvador Iglesias, Miguel Moreno J., José Antonio Montalvo, Juan Francisco Mújica, Antonio Rocha, Eleuterio Serna, Eduardo Zuleta Angel. Salvando mi voto, Pedro A. Gómez Naranjo. Emilio Prieto Hernández, Srio. Int.

SALVAMENTO DE VOTO

del magistrado doctor Pedro A. Gómez Naranjo en la sentencia que declara inexequibles algunas disposiciones del Decreto Nº 1365 de 1935, por el cual se reglamenta la concesión de licencias para la instalación y explotación de estaciones radiodifusoras.

Con el acatamiento debido a las opiniones de los demás colegas de la Corte, salvo mi voto en la sentencia que declara inexequibles como inconstitucionales algunas disposiciones del Decreto Nº 1365 de 1935, por el cual se reglamenta la concesión de licencias para la instalación y explotación de estaciones radiodifusoras.

El Decreto referido fue expedido el 31 de julio de 1935 por el doctor Alfonso López, Presidente de la República, y los Ministros de Gobierno y Correos y Telégrafos, doctores Darío Echandía y Hernán Salamanca, respectivamente. No comparto ninguno de los puntos de vista del fallo, según el cual los referidos funcionarios violaron nuestra carta fundamental. Considero que el Decreto es constitucional en todos sus artículos, como lo probaré a continuación.

La sentencia considera que la cuestión de la constitucionalidad del Decreto acusado debe plantearse como un asunto de policía administrativa y que debe estudiarse a la luz del numeral 8º del artículo 120 de la Constitución, que le da al Presidente de la República la facultad de "conservar en todo el territorio el orden público y restablecerlo donde fuere turbado", y del artículo único, inciso 2º, del Acto Legislativo 1º de 1921, sobre facultades para inspeccionar las industrias y profesiones en lo relativo a la moralidad, la seguridad y la salubridad públicas. Yo creo que el problema debe considerarse con la facultad de "ejercer la potestad reglamentaria expidiendo órdenes, decretos y resoluciones necesarias para la cumplida ejecución de las leyes", que tiene el Presidente de la República por virtud del numeral 3º del citado artículo 120 de la Constitución.

Al hacer el análisis de los artículos 137 y 138 del Código Fiscal, la sentencia establece una diferencia entre transmisión de correspondencias y servicio de perifonía, para concluír que lo único que se reservó la Nación conforme a las disposiciones citadas fue lo primero, y que por tanto quedó como industria libre el servicio de perifonía. Esta distinción es totalmente arbitraria y no tiene apoyo en ningún texto legal ni en las disposiciones de los convenios internacionales sobre radiodifusión, que rigen entre nosotros, como se verá más adelante. Conforme al artículo cero de la Convención Radiotelegráfica Internacional de Washington, del año de 1927, "el término comunicación radioeléctrica o radiocomunicación se aplica a la transmisión sin hilos de escritos, signos, señales, imágenes y sonidos, de toda naturaleza, con la ayuda de las ondas hertzianas".

En estos errores iniciales se apoya la sentencia. En ella se hace una explicación muy minuciosa y hasta erudita sobre la policía administrativa, penal y judicial, y sobre las facultades del Gobierno en relación con

cada una de esas ramas, pero que está completamente fuéra de lugar en el estudio de este negocio.

El actor de la demanda parte de la base de que la radiodifusión no es de los servicios inalámbricos que constituyen una reserva del Estado, por lo menos en el servicio de perifonía, y hace la misma distinción equivocada que la Corte acepta. Los artículos ya citados del Código Fiscal dicen así:

"Art. 137. El Estado presta el servicio de correos y telégrafos en el territorio nacional.

"El primero de tales servicios puede prestarse también libremente por los Departamentos, los Municipios y los particulares.

"El segundo sólo puede prestarse por el Estado o por las personas naturales o jurídicas con las cuales se hayan contratado o se contrate su establecimiento o hayan obtenido del Gobierno el respectivo permiso".

"Art. 138. La disposición contenida en el inciso tercero del artículo anterior se aplica al servicio de comunicaciones telefónicas, inalámbricas u otras análogas establecidas o que se establezcan".

Conforme a estas disposiciones, el Estado tiene la reserva de los servicios de comunicaciones telefónicas e inalámbricas "u otras análogas establecidas o que se establezcan", pero puede dar concesiones u otorgar permisos a particulares para establecerlas.

El Decreto acusado se refiere al servicio de radiodifusión, que hace parte del de "comunicaciones telefónicas", previsto en el artículo 138. Con arreglo a la opinión de técnicos en la materia, etimológica y gramaticalmente se entiende por "teléfono" la transmisión a distancia de la palabra y de toda clase de sonidos por la acción de la electricidad. Las comunicaciones telefónicas pueden hacerse por medio de hilos conductores, o por medio de las ondas hertzianas, sin necesidad de aquéllos. Las estaciones radiodifusoras no tienen otro objeto que transmitir a distancia toda clase de sonidos por la acción de la electricidad, utilizando las ondas hertzianas, luego el servicio de radiodifusión es, indudablemente, un servicio telefónico y está por tanto reservado por el Estado, con la facultad para el Gobierno para conceder licencias a los particulares, y con la atribución consecuencial de reglamentar todo lo relativo al otorgamiento de tales licencias. Pero si se estima que la radiodifusión no está comprendida entre las comunicaciones telefónicas, de todas maneras queda incluída en las "comunicaciones inalámbricas u otras análogas establecidas o que se establezcan", respecto de las cuales tiene el Gobierno por virtud del artículo 138 ya citado idénticas facultades.

Pero no sólo en los artículos citados del Código Fiscal tiene su apoyo el Decreto Nº 1365 de 1935 acusado como inconstitucional, sino en el Convenio Radiotelegráfico Internacional de Washington de 1927 y en el Convenio Internacional de las Telecomunicaciones de Madrid, de 1932, los cuales suscribió Colombia por medio de sus representantes diplomáticos y fueron ratificados por el Congreso Nacional por medio de las leyes 23 de 1930 y 10 de 1933.

Esos convenios internacionales quedaron incorporados en la legislación de Colombia por la aprobación del Congreso y hacen parte de nuestro derecho público interno. Algo más: forman parte del derecho universal, pues fueron aprobados por todos los países civilizados del mundo. Son, por virtud de la incorporación y ratificación de que se ha hablado, leyes de Colombia, respecto de las cuales tiene el Presidente de la República el poder reglamentario de que trata el artículo 120 de la Constitución, numeral 3º, que dice así:

"120. Corresponde al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa: ....3º Ejercer la potestad reglamentaria expidiendo las órdenes, decretos y resoluciones necesarias para la cumplida ejecución de las leyes".

Si el Presidente de la República tiene la facultad de reglamentar las leyes, con mayor razón la tiene respecto de aquellas que aprueban pactos internacionales en los cuales está comprometida la fe de la Nación. Sobre esta disposición dice lo siguiente el señor José María Samper, uno de los autores de la Constitución de 1886, en su interesante obra Derecho Público Interno:

"Por lo tocante a la potestad reglamentaria, está en la lógica misma de la legislación. No es posible que el legislador prevea todas las dificultades materiales que suelen ocurrir en la ejecución de las leyes, ni que determine minuciosamente todas las diligencias que en la práctica son consiguientes al cumplimiento exacto de aquéllas. Conocedor constante de las necesidades administrativas y de los medios prácticos de acción, el Presidente es quien puede mejor reglamentar la parte mecánica de la ejecución de las leyes, con sujeción a las reglas orgánicas o substantivas que éstas contienen. De ahí la facultad reglamentaria, que comprende tres clases de actos en desarrollo de cada ley, a saber: los decretos, que son de carácter general, como las leyes

mismas; las órdenes, que tienden a dar cumplimiento general a lo que se decreta, y las resoluciones, que ordinariamente se dictan con relación a casos particulares, sean de consultas o de otra naturaleza especial".

De manera que para la "cumplida ejecución de las leyes", de que habla la Constitución, el Gobierno puede dictar decretos. Incorporados en la legislación colombiana los convenios internacionales de radiodifusión, en los cuales está previsto el otorgamiento de licencias para el establecimiento de estaciones, fijada por otra parte en el Código Fiscal la facultad de dar las licencias, el Gobierno no podía hacer otra cosa que reglamentar la materia haciendo uso de la facultad constitucional y siguiendo las normas trazadas sobre el particular por todos los demás países que suscribieron igualmente los convenios aludidos, ya que en materia tan delicada, nueva en los anales de la civilización, era necesario aleccionarse en el ejemplo de los pueblos de cultura más vasta que la nuéstra. El Decreto expedido por el Gobierno no contiene una sola disposición que viole la Constitución; establece prohibiciones y sanciones, lo mismo que un derecho como compensación a las concesiones que se otorgan, en términos iguales a los que emplean legislaciones más avanzadas que la colombiana.

El artículo 3 de Reglamento General de Radiocomunicaciones de la Convención Internacional de Madrid, año de 1938, dice así:

"Ninguna estación emisora podrá ser establecida o explotada por un particular, o por una empresa cualquiera, sin licencia especial otorgada por el Gobierno del país donde se levante la estación en cuestión".

Esta disposición está incorporada en la legislación como ya se dijo, porque el Convenio de Madrid fue ratificado por la ley 10 de 1933. En ella no se hace mención especial de las estaciones de servicio de comunicaciones, y por tanto comprende también las de servicio de perifonía, quedando demostrada la equivocación de la diferencia establecida por la Corte. Además, si la radiodifusión es libre para el servicio de perifonía, ¿por qué acepta la sentencia que se debe pedir permiso al Gobierno? En estas conclusiones hay una visible contradicción de parte de la Corte, porque es obvio que para el ejercicio de una industria libre no es necesario solicitar permiso de ninguna clase. El Gobierno no hizo otra cosa que reglamentar la concesión de licencias en el Decreto N° 1365, como lo dice en su preámbulo. La reglamentación requería el establecimiento de prohibiciones y de sanciones, como lo han hecho todos los países del mundo, porque de lo contrario, se haría ineficaz el Decreto o imposible su cumplimiento. Con la declaratoria de inconstitucionalidad de varios artículos del Decreto, especialmente de los artículos 41 y 43, además de que se causa un gravísimo quebranto al fisco nacional, porque se le impide cobrar los derechos por las licencias, se deja al Gobierno sin medios para sancionar las infracciones a los reglamentos de radiodifusión.

En una importante comunicación del Presidente López y de su Ministro de Correos y Telégrafos, de fecha 16 de abril de este año, en relación con una solicitud sobre revocatoria de una multa, se definió con precisión la situación jurídica de la radiodifusión en Colombia. Dice así aquel importante documento:

"La r a d i o difusión, como la telegrafía alámbrica e inalámbrica y como todos los medios de electrocomunicación tienen, dentro de nuestro sistema legal, el carácter de servicios públicos administrativos" y sólo pueden prestarse por el Estado o por las personas naturales o jurídicas con las cuales se haya contratado o se contrate su establecimiento, en nombre de aquél, o que obtenga o hayan obtenido del Gobierno el respectivo permiso", como lo establecen los artículos 137 y 138 del Código Fiscal. La radiodifusión no es por consiguiente, una libertad ni un derecho que los ciudadanos puedan reclamar incondicionalmente de los poderes públicos, sino el simple ejercicio precario de un permiso, de una actividad tolerada y consentida por el Gobierno mientras se cumpla con subordinación a los reglamentos oficiales, pero esencialmente revocable como corresponde a la naturaleza jurídica de un acto permisivo de la autoridad. Radiodifundir no es un acto libre de la ciudadanía, sino en la medida y dentro de las normas que determine el gobierno, ya se refieran a la técnica, a las condiciones políticas para su ejercicio o a la responsabilidad administrativa, sin perjuicio de la penal y civil a que haya lugar, por violación de sus preceptos".

Los anteriores motivos serían suficientes para respaldar mi salvamento de voto. Quiero, no obstante, referirme separadamente a las disposiciones declaradas inconstitucionales por la sentencia, con especialidad a algunas de ellas, porque considero injurídicas por todos sus aspectos las conclusiones de la mayoría de la Corte.

El artículo 41 establece los derechos a favor del Estado por las licencias para estaciones radiodifusoras. El fallo declara in-

constitucional este artículo como violatorio del artículo 6º del Acto Legislativo Nº 3 de 1910, que dice que sólo el Congreso puede imponer contribuciones. Estima la Corte que se trata de "un impuesto sobre una industria lícita y libre", apreciación que se basa en el error inicial de considerar industria libre la radiodifusión. Como lo dice el señor Procurador General de la Nación en el importante concepto que rindió sobre la demanda en cuestión, lo que el decreto establece es un derecho o tasa que el interesado paga en compensación por el aprovechamiento que recibe de la concesión. No se trata de impuestos, que como dicen los expositores sobre la materia, "son exacciones que sin prestaciones recíprocas determinadas se efectúan de un modo coercitivo en los haberes de los ciudadanos o de las entidades económicas privadas, con destino a la realización de las finalidades colectivas".

La Corte, en sentencia de octubre de 1928, sentó una importante doctrina que tiene su aplicación en este caso. Se trataba de la acusación del Decreto Ejecutivo Nº 1739, de 21 de diciembre de 1923, que reglamentó el servicio telefónico, porque en su artículo 7º estableció como necesaria en todo permiso la cláusula de reversión a favor del Estado. La Corte estudió el artículo 1º de la ley 98 de 1892, que dice que no pueden establecerse líneas telefónicas a larga distancia o fuera de poblados sino por cuenta del Gobierno o con su permiso, y los artículos 137 y 138 del Código Fiscal, y resolvió lo siguiente:

"No cabe, pues, la menor duda de que la industria de las comunicaciones telefónicas, con las excepciones ya indicadas, la ha reservado la Nación para sí, pero con la facultad de hacer concesiones a particulares. Cae, pues, por su base, la argumentación del acusador.

"Por lo demás, es perfectamente claro que al hacer el Estado una concesión de esta especie y al desprenderse por lo mismo de un derecho que le pertenece transmitiéndolo a un particular, bien puede establecer las limitaciones y compensaciones que estime equitativas y que, aceptadas por el concesionario, ponen el asunto en el plano de la estipulación contractual. Ningún precepto de la Constitución puede violarse con ello". (GACETA JUDICIAL, Nº 1789).

El artículo 43 sanciona las violaciones del decreto por omisión o por acción con suspensión temporal de la licencia, clausura de la estación y multas de $ 100 a $ 500. Este artículo se declara inconstitucional en la sentencia por considerarlo violatorio de los artículos 23 y 26 de la Constitución. El Gobierno tiene la facultad de decretar la suspensión de la licencia y la clausura de la estación, cuando se violan las disposiciones que reglamentan la radiodifusión, como una consecuencia del derecho que le dan las leyes según se ha visto, para otorgar los permisos correspondientes. Y las sanciones allí establecidas están autorizadas especialmente por la ley. El artículo 68, numeral 16, de la ley 4ª de 1913, le da al Presidente de la República la siguiente facultad:

"Castigar con multa que no exceda de quinientos pesos, y arresto que no pase de dos meses, a los que le falten al debido respeto y a los que desobedezcan las providencias del Gobierno"

El artículo 43 se amolda a esta facultad y señala multas cuyo máximo es el de quinientos pesos. Si lo que la Corte deseaba era una facultad precisa de la ley, en el texto citado se encuentra en forma definitiva. No me explico cómo la sentencia ni siquiera se refiere a esta disposición expresa y le arrebata al Presidente de la República una facultad que hasta ahora no se le había desconocido.

Hay un antecedente de gran importancia para el estudio de este artículo. Ante la Corte fue demandado el Decreto Ejecutivo Nº 985 bis, de 10 de junio de 1927, que contiene algunas disposiciones sobre comisionistas de transporte. El demandante consideró contrarias al artículo 5º del Acto Legislativo Nº 3 de 1910 las multas impuestas por los artículos 2º, 3º, 5º y 8º del decreto. La Corte, en sentencia de fecha 30 de noviembre de 1929, dijo lo siguiente:

"El cargo consiste en definitiva en que las sanciones pecuniarias establecidas en el decreto implican una privación de la propiedad, y en tal virtud, de acuerdo con la disposición constitucional transcrita, no pueden ser impuestas por el Gobierno mientras no haya una ley que lo autorice para ello. Mas es el caso que esa autorización legal sí existe, pues el numeral 16 del artículo 68 del Código Político y Municipal señala entre las atribuciones del Presidente de la República la de castigar con penas de multa y arresto a los que le falten al debido respeto y a los que desobedezcan las providencias del Gobierno". (GACETA JUDICIAL, Nº 1819).

Suscriben la anterior sentencia los siguientes juristas de autoridad científica indudable: doctores Juan C. Trujillo Arroyo, Juan N. Méndez, José Miguel Arango, Enrique A. Becerra, Parmenio Cárdenas, Germán B. Jiménez, Julio Luzardo Fortoul,

Juan E. Martínez, Tancredo Nannetti, Jesús Perilla V., Luis F. Rosales y Francisco Tafur A.

El parágrafo del artículo 1º del decreto acusado establece que no se concederá licencia para la instalación ni explotación de estaciones radiodifusoras a individuos de nacionalidad extranjera ni a compañías no controladas por nacionales colombianos. La sentencia declara inconstitucional esta disposición como opuesta al artículo 5º del Acto Legislativo Nº 1º de 1936, por considerar que conforme a este precepto sólo la ley podrá subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinados derechos civiles a los extranjeros.

El Decreto 1365 se expidió bajo la vigencia de la Constitución de 1886, que decía en su artículo 11 lo siguiente: "Los extranjeros disfrutarán en Colombia de los mismos derechos que se concedan a los colombianos por las leyes de la Nación a que el extranjero pertenezca, salvo lo que se estipule en los tratados públicos".

El Presidente de la República, como se ha visto, tiene facultad para reglamentar la radiodifusión. Como ésta constituye una reserva del Estado y como el Gobierno puede conceder o negar los permisos para el establecimiento de estaciones, es obvio, que podía reservar como lo hizo el decreto para los nacionales las respectivas concesiones. Al dictar la disposición mencionada no hizo otra cosa que acoger el principio preconizado por los demás países del mundo, que tiende a reservar a los nacionales las concesiones para establecer estaciones de radiodifusión. Al resolver la reforma constitucional de 1936 que la ley puede hacer limitaciones a los derechos civiles de los extranjeros, reafirmó el principio consagrado en el decreto. Por otra parte, cuando el constituyente habla de que la ley puede establecer esa clase de reservas, debe entenderse que también las puede decretar el Ejecutivo con facultad suficiente. No hay, por tanto, el motivo de inconstitucionalidad que aduce la Corte. Pero aun aceptando esa facultad como privativa hoy del Congreso, eso no vendría a anular o a desvirtuar un decreto expedido con atribuciones legales, bajo la vigencia de cánones distintos, cuando en su esencia no se opone a los nuevos mandatos constitucionales.

Para confirmar lo expuesto, cito algunas legislaciones de países americanos. En el Brasil no pueden obtener permiso para establecer estaciones sino los ciudadanos brasileros y las compañías que tengan la mayoría de accionistas nacionales.

El Decreto Nº 129, de 17 de junio de 1931, expedido por el Presidente de Costa Rica, dice:

"Art. 2º Sólo los costarricenses de origen pueden tener a su cargo el establecimiento, manejo y explotación de los servicios inalámbricos, bajo el control directo del Estado".

En Méjico, por decreto del Presidente de la República, de fecha 31 de mayo de 1938, se estableció lo siguiente:

"Contrato-permiso. Para la explotación de estaciones radiodifusoras comerciales, es necesario un contrato-permiso otorgado por la Secretaría de Comunicaciones y Obras Públicas. Estos contratos sólo podrán otorgarse a mejicanos o sociedades constituídas de acuerdo con las leyes del país, y por un plazo que no excederá de 50 años".

Podrían citarse muchas otras legislaciones que establecen igual limitación, pues como ya se ha expresado, la tendencia generalmente aceptada es la de reservar a los nacionales el ejercicio de la industria del radio, por razones de soberanía y de conveniencia propia.

Tampoco es inconstitucional el inciso 2º del artículo 2º, que autoriza la cancelación de la licencia cuando la estación ocasiona interferencias o molestias en el servicio de otras. Esta medida es una consecuencia de la facultad de otorgar los permisos y se explica por sí sola porque tiende a evitar perjuicios a otros propietarios y al público en general. Se encuentra en todas las legislaciones sobre radio.

El artículo 31, que prohibe utilizar el radio para atentar contra la moral pública, la seguridad del país, la honra de las personas, el respeto a las autoridades, o para propagar noticias falsas o tendenciosas o para incitar en cualquier forma el desconocimiento de las leyes, no es inconstitucional, pues el Presidente de la República tiene conforme a la Carta fundamental del país, las más amplias atribuciones para dictar esta clase de medidas. Sostener lo contrario es inexplicable. Todos los países han establecido en sus legislaciones disposiciones semejantes. El decreto citado del Presidente de Méjico, dice así:

"Transmisiones prohibidas. 77. — Queda prohibido transmitir noticias o mensajes cuyo texto sea contrario a la seguridad del Estado, a la concordia internacional, a la paz o al orden público, a las buenas costumbres, a las leyes del país y a la decencia del lenguaje; o que perjudiquen los intereses económicos colectivos, causen escándalo o ataquen en cualquier forma al Gobierno constituído, o a la vida privada, honra o in-

tereses de las personas, o que tengan por objeto, manifiestamente, la comisión de algún delito o que obstruccionen la acción de la justicia".

No tienen fundamento las tachas de inconstitucionalidad de los demás artículos del decreto a que se refiere la sentencia. En todos los reglamentos extranjeros sobre la materia se consignan normas completamente análogas a las que rigen en Colombia, porque la radiodifusión se considera como función de interés nacional y de finalidad educacionista y de este principio se desprenden las reglas dadas para el desarrollo de tan poderoso elemento de civilización.

El sistema del monopolio existe en varios países de Europa. Rusia es la nación que ofrece un ejemplo más destacado de este sistema. Las estaciones de Rusia, que son más de setenta, son propiedad del Soviet o de los gremios y Repúblicas Soviéticas unidos al Gobierno central de Moscú. El esplendor de la radiodifusión rusa se debe principalmente a la labor cultural que se le ha encomendado. "Donde no pueda existir una escuela, donde no tengamos un maestro, habrá un altavoz", ha dicho un comisario de instrucción pública. Rusia tiene las estaciones de mayor potencia del mundo.

En Francia existe el monopolio de hecho. El Estado tiene sus estaciones emisoras y algunas concesiones muy controladas. En Dinamarca la organización radiofónica es del Estado y es muy avanzado el reglamento de la radiodifusión; los partidos políticos pueden hacer propagandas moderadas. En Inglaterra existe el monopolio. La British-Broadcasting Corporation tiene la organización y control de las comunicaciones. Igualmente existe la organización de la radiodifusión por el Estado en Alemania, Noruega, Suecia, Suiza, Austria, Checoeslovaquia y Bélgica.

En los países de América constituye la radiodifusión reserva del Estado, pero se permiten concesiones.

En el Brasil las estaciones de radiodifusión se instalan por la Unión, o mediante concesión del Gobierno federal, por sociedades civiles, compañías o empresas nacionales idóneas. La fiscalización de los servicios de radiodifusión compete al Ministerio de Vías y Obras Públicas. Existen prohibiciones y penas severas para el incumplimiento de los reglamentos, como la suspensión temporal o definitiva del servicio y multas hasta de 20,000 reis. Los concesionarios pagan al Estado un derecho anual.

En Venezuela la radiodifusión es de la exclusiva competencia federal y está a cargo del Ministerio de Comunicaciones, según la ley de 15 de julio de 1936. Pero se respetan los permisos concedidos y el Gobierno puede conceder otros para establecer estaciones. En el caso de violación de los reglamentos, o por razones de orden público o necesidades de defensa nacional, el Gobierno puede suspender los permisos.

En Argentina el servicio de radiodifusión es exclusivo del Estado, según el reglamento de 3 de mayo de 1933. Sólo se permite la instalación de estaciones emisoras mediante autorización del Poder Ejecutivo. El reglamento es muy detallado, y contiene prohibiciones y sanciones.

Ya se habló en otra parte de este estudio de la organización de Méjico y Costa Rica. En los demás países de América existe el control del Estado y se permiten concesiones, de acuerdo con los reglamentos de los convenios internacionales de radiodifusión.

Los autores alemanes, según dice Paul von Lindern en su reciente obra titulada Algunos aspectos económicos y políticos de la radiodifusión, opinan que debe ser organizada bajo la forma de empresa privada de interés general, pero rigurosamente controlada y supervigilada por el Estado, de suerte que esta explotación es prácticamente lo mismo que la administración directa.

El mismo autor considera que la radiodifusión no es un servicio público por naturaleza, sino a posteriori; que desde el momento en que se le atribuye una función educadora, debe considerarse como un servicio público. Y agrega:

"Nosotros creemos, pues, poder constatar que la radiodifusión posee los caracteres propios de un servicio público y que, en consecuencia, conviene considerarla como tal desde el punto de vista de la reglamentación legal".

El sistema del mopolio de la radiodifusión exige cuantiosos gastos al Estado y es inconveniente porque impide aprovechar la iniciativa particular, que es fuente poderosa de progreso. El sistema aceptado generalmente y sin duda el mejor, es el de la libertad controlada, que concilia el interés particular con la intervención del Estado, necesaria con ciertas limitaciones para asegurar el desarrollo industrial y cultural de los pueblos. En Colombia existe en el hecho este último sistema, porque aun cuando la radiodifusión constituye una reserva del Estado, el Gobierno ha otorgado licencias para determinados servicios, con sujeción al artículo 13 de la Convención Internacional de Telecomunicaciones de Madrid, que dice así:

"Los gobiernos contratantes se reservan, para las explotaciones privadas reconocidas por ellos y para otras explotaciones debidamente autorizadas al efecto, la facultad de concluír arreglos particulares sobre los puntos del servicio que no interesen a la generalidad de los gobiernos. Sin embargo, deberán quedar dentro de los límites de la convención y de los reglamentos y anexos, para lo que concierne a los inconvenientes que su ejecución sea susceptible de producir en los servicios de otros países".

Dejo en la exposición anterior explicado mi salvamento de voto, dentro del término de dos días que señala la ley.

Bogotá, octubre veinticuatro de mil novecientos treinta y seis.

Pedro A. Gómez Naranjo

SALA DE CASACION EN LO CIVIL

OBJECIONES A UNA PARTICION Y SENTENCIA APROBATORIA DE ESTA

Si el sentenciador excusa, por cualquier motivo, el estudio de las objeciones a la partición y sin entrar en el debate se pronuncia aprobando la partición, el medio o vía para restablecer el derecho es atacar el fallo por incongruencia entre lo pedido y lo fallado. La Corte mantiene la doctrina de que el recurso de casación no es oportuno ni medio para formular contra la sentencia aprobatoria de una partición objeciones distintas de las que los interesados hicieron efectivamente durante el traslado que en instancia se les dio de ella, y agrega que si fueron varios los objetantes y sólo uno recurre en casación, quien recurre no puede hacer suyas las objeciones de otros, respecto de los cuales debe considerarse que, al no recurrir, desistieron de ellas, a menos que las objeciones del que recurrió impliquen una necesaria consideración y reforma de las mismas planteadas por ellos. Cuando en un testamento se instituye heredero del remanente, no hay lugar a que el Juez que conoce del juicio de sucesión admita al mismo tiempo otros herederos del remanente en calidad de herederos AB INTESTATO, porque mientras el testamento se mantenga en pie, por no haber sido reformado o anulado, la institución de heredero del remanente subsiste, no permite la coexistencia de esas otras aspiraciones y sus disposiciones son las normas a que el Juez y el partidor deben atenerse para la finalidad práctica del juicio.

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

(Magistrado ponente: Dr. Antonio Rocha)

Hechos

En el juicio de sucesión por causa de muerte de Francisca Nieto Ricaurte, durante el traslado del trabajo de partición (art. 964 del C. J.), dos de los interesados le hicieron objeciones.

El Juez de la causa, 5º del Circuito de Bogotá, decidió que no podía oír las objeciones, porque conforme al art. 351 del C. J. los objetantes se hallaban en renuencia de suministrar estampillas de timbre nacional para legalizar lo actuado antes en papel común. En consecuencia, aprobó la partición presentada, sin estudiar el fondo de las objeciones. En papel común se había dictado el auto de traslado de la partición.

Apelada aquella providencia, el Tribunal Superior de Bogotá la confirmó por la misma razón del inferior, en sentencia de fecha 26 de septiembre de 1934.

Uno de los objetantes recurrió en casación contra ella.

El recurrente censura la manera como el Tribunal interpretó y aplicó ese precepto el art. 351 del C. J.), pero considerando sin duda, pues no lo dice, que es meramente procedimental y adjetivo, se abstiene de hacer de él capítulo especial de acusación, no obstante constituír el único fundamento de la sentencia recurrida. En consecuen-

cia, la ataca por violación directa de preceptos sustantivos; de aquellos que, si se le hubiese oído, habrían determinado al Tribunal a rechazar el trabajo de partición por ilegal o por no ajustarse a las constancias del expediente. Los artículos que considera directamente infringidos son el 1016, 1176, 1183 y el inciso 3º del 1193 del Código Civil.

Observa la Corte:

La sentencia objeto del recurso, atendidos los motivos y el texto mismo de la parte resolutiva, decide real y efectivamente dos cuestiones distintas:

En primer término que no es el caso de oír al objetante, y en segundo, que aprueba la partición.

Siendo así, el motivo en que se apoya la sentencia, que es uno solo, interpretación y aplicación del art. 351 del C. J., incide en la parte resolutiva en cuanto ésta decide no oír al objetante, de donde el sentenciador creyó de su deber deducir como inmediata consecuencia que la partición debía ser aprobada. Dadas estas circunstancias, debió atacarse en el recurso de casación la parte motiva por su incidencia en la resolutiva. Y como el recurrente no hizo del mencionado artículo un capítulo especial de acusación, quizá por considerar que siendo disposición meramente procesal y adjetiva no daba lugar a ella, no hay lugar a que la Corte entre a estudiar la cuestión sustantiva.

La segunda cuestión resuelta en la sentencia y materia de especial pronunciamiento en la parte resolutiva es la aprobación de la partición y como una sentencia de esta naturaleza sí es susceptible de este recurso y no es posible que por tener como único fundamento una apreciación adjetiva deje de tenerlo en el caso concreto sometido al estudio de la Corte, cabe plantear la manera como ha podido dársele oportunidad para ello.

Convertido incidentalmente en contencioso el juicio de sucesión por virtud de las objeciones hechas a la partición por uno de los interesados, el memorial de objeciones constituye en realidad una demanda o petición en que se plantean cuestiones que si son fundadas en el hecho y ante la ley, provocan una orden judicial de reforma total o parcial de la partición objetada, o la aprobación de ella si las objeciones son infundadas. En cualquiera de las dos hipótesis el fallo que espera el interesado debe ser pertinente así en la parte motiva como en la resolutiva al fondo de las cuestiones mismas sometidas al estudio y resolución del Juez, lo que constituye la congruencia entre lo pedido y lo fallado, y de ahí que si el Juez excusa por cualquier motivo el estudio de la cuestión pertinente y sin debatirla se pronuncia sin embargo aprobando la partición, el medio o vía para restablecer el derecho es atacar el fallo por incongruencia entre lo pedido y lo fallado.

De este medio o vía no ha hecho uso el recurrente y la Corte ha de desechar por ello el recurso. Si se le hubiera facilitado ese medio, la evidente incongruencia del fallo en relación con lo pedido le habría permitido casarlo, y ya en sentencia de instancia examinar si las objeciones a la partición fueron formuladas en tiempo, no obstante el texto del art. 351 del C. J., artículo cuya doctrina hubiera sido el caso de estudiar sin consideración a su naturaleza adjetiva o sustantiva por no tratarse de una causal de casación sino de cuestión de primer análisis en el fallo mismo de instancia. Si del estudio de esa disposición hubiere resultado que era el caso de atender las objeciones, ellas también habrían ocupado de fondo a la Corte, no sin decidir previamente si era el de remitir al Juez a quo el expediente para que tramitara previamente la articulación como formalidad indispensable para fallar.

Por virtud de la doctrina que acaba de exponerse, que es la que informa el art. 520, numeral 2º del C. J. y la técnica del recurso de casación, la Corte ha de declarar que no hay lugar a infirmar el fallo.

Pero en el caso concreto de autos puede la Corte agregar las consideraciones que le sugieren los hechos, en atención a que el fallo del Tribunal, al quedar como queda en firme por haberse de desechar el recurso, y tratándose de un juicio de sucesión, en nada cambia su fuerza jurídica por el hecho de que la Corte haga tales consideraciones, a saber:

a) La Corte mantiene la doctrina de que el recurso de casación no es ocasión ni medio para formular contra la sentencia aprobatoria de una partición objeciones distintas de las que los interesados hicieron efectivamente durante el traslado que en instancia se les dio de ella; y agrega que si fueron varios los objetantes y sólo uno recurre en casación, quien recurra no puede hacer suyas las objeciones de otros, respecto de los cuales debe considerarse que, si no recurrir, desistieron de ellas, a menos que las objeciones del que recurrió impliquen una necesaria consideración y reforma de las cuestiones planteadas por éstos.

b) Cuando en un testamento se instituye heredero del remanente, como sucedió en el de Francisca Nieto Ricaurte, no hay lugar a que el Juez que conoce del juicio de sucesión admita al mismo tiempo otros herederos del remanente en calidad de herederos ab-intestato, porque mientras el testamento se mantenga en pie, por no haber sido reformado o anulado, la institución de heredero del remanente subsiste, no permite la coexistencia de esas otras aspiraciones y sus disposiciones son la norma a que el Juez y el partidor deben atenerse para la finalidad práctica del juicio. La aceptación de herederos ab-intestato del remanente al mismo tiempo que los testamentarios, suele entorpecer la secuela del juicio, y sus inconvenientes, cuando menos procesales, manifestarse al tiempo de la partición de la herencia; y en todo caso la anotada incompatibilidad es manifiesta ante la ley sustantiva.

c) La cuantía o guarismo que el partidor tomó para adjudicar la casa a los legatarios —o en subsidio su valor en dinero— no fue arbitraria, sino consecuencia de antecedentes que obran en autos y que precisamente a solicitud del interesado que hoy recurre ante la Corte, fueron materia de especial y previo pronunciamiento del Juez de la causa.

En efecto, por razón de juicio ejecutivo que siguió el doctor Roberto Urdaneta Arbeláez o la señora Moure v. de Urdaneta, como cesionarios del Banco Hipotecario de Colombia, ante el Juzgado 6º del Circuito de Bogotá, la casa materia del legado fue rematada por un tercero, y el Juez de la ejecución remitió al que conocía de la sucesión la suma de $ 9,500, producto líquido del remate, con posterioridad a los inventarios y avalúos de los bienes mortuorios, según oficio de dicho Juez que obra en autos.

Con motivo de esta y de otras constancias del expediente, tales como la del memorial que obra a folios 247, el partidor sometió algunas dudas a la consideración del Juez, entre otras la de cómo debía proceder en vista de la cancelación del gravamen hipotecario por virtud del pago y de la remisión de los $ 9,500.00. El Juez a quo, para quien no fue clara la prueba de que la casa hubiera salido del haber de la sucesión, le dio al partidor dos fórmulas de solución: En primer término, que siempre adjudicara en especie la casa a los legatarios, pero prescindiendo totalmente de la deuda hipotecaria, para atender a la cual se había inventariado como pasivo por $ 4,000.00. Y en segundo término, y en subsidio, por si acaso en realidad se había verificado el remate, que se adjudicara a los legatarios el remanente del precio de remate (cuaderno Nº 6, dudas 1ª y 2ª).

De esa resolución del Juez apeló ante el Tribunal Superior de Bogotá el mismo interesado que ahora recurre en casación, y el Tribunal la confirmó en todas sus partes. De manera que el cargo que ahora se formula en casación contra la sentencia aprobatoria de la partición hecha de consuno con las soluciones que el Juez le dio a las dudas del partidor, tienen una obligada relación con los puntos ya juzgados durante el proceso, y, como ya se dijo, están resueltas y ejecutoriadas en forma adversa a la parte recurrente.

El proceder del partidor no fue, pues, arbitrario. Y, en cuanto a la cantidad, tampoco lo fue, porque, acatando la orden del Juez, prescindió de descontar el valor de la deuda, y, descartada, advierte que queda como pasivo tan sólo lo gastado con ocasión del juicio de sucesión. En consecuencia, toma dos guarismos como minuendo y a ambos les sustrae una misma suma, la de los gastos del juicio. De $ 12,000.00 para el caso de que la casa exista como bien de la sucesión, resta los gastos, y la diferencia la reparte entre los legatarios, como valor o acción sobre la especie misma. Y de $ 9,500, que según datos son el producto del remate o venta de la casa, resta también la misma suma por gastos, y la diferencia la reparte a los legatarios en la misma proporción. Esta segunda fue la adjudicación condicional de los $ 9,500.00 que le ordenó hacer el Juez al resolverle las dudas al partidor.

Es pertinente agregar, en vista de que el recurrente estima que los legatarios han recibido así más de lo que les correspondía, que con ninguna de las fórmulas ordenadas por el Juez y cumplidas por el partidor, la adjudicación excede al derecho de los legatarios, porque, no habiendo, como no los hay, herederos forzosos sino del remanente, la especie legada se le debía toda a los legatarios, menos el gravamen hipotecario, que se le pagó al acreedor, de lo cual hay constancia en el expediente. La realidad de autos demuestra que no quedó excedente para la herencia. Si se supone, contra esa realidad, que la deuda no fue cubierta, la especie correspondía a los legatarios con cargo de pagar la deuda.

d) Al tenor del artículo 1016 del C. C. el partidor debe deducir previamente del acervo inventariado, los gastos a que se refie-

re esa disposición, entre los cuales pueden incluírse los servicios médicos equitativamente estimados de la última enfermedad y del entierro, entre otros, por regla general, pues los de Lazareto, cuando hay sociedad conyugal, se deducen conforme al art. 4º de la ley 170 de 1896, y los fiscales sobre ciertas cuotas o legados son de cargo de los respectivos asignatarios, según el 1017 del C. C. Pero si algunos de ellos o todos esos gastos no están acreditados en el expediente, y si el partidor cargó los que constan a los legatarios y no a los herederos, éstos carecen de interés para reclamar, y menos lo tienen si son herederos ab-intestato del remanente cuando subsiste la institución testamentaria de ese remanente.

e) Si una suma de dinero figura en el juicio como de propiedad de la sucesión, como producto del remate de un bien inventariado, y el remate fue posterior a ese inventario, y de ese dinero dispusieron los interesados con consentimiento del Juez de la causa, el partidor debe distribuír el dinero como sustituto del bien que se inventarió y no es aceptable que luégo el interesado manifieste extrañeza por la existencia de ese dinero que si no se inventarió fue por el hecho nuevo que ocurrió, el remate en ejecución promovida por el acreedor de la sucesión.

Habiendo llegado a poder de la sucesión por virtud de remisión de otro Juzgado en nota en que el Juez remitente dice que toda la suma pertenece a esta sucesión, no puede aceptarse que la sucesión se desprenda de una parte de ese dinero por la sola voluntad de un interesado.

En el juicio mortuorio de Francisca Nieto Ricaurte no había menores, ni ausentes, ni personas jurídicas interesados, circunstancia que debe tenerse en cuenta para darle el debido alcance a las consideraciones que deja hechas la Corte.

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 hay lugar a casar la sentencia aprobatoria de la partición de los bienes en la sucesión de Francisca Nieto Ricaurte, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, el 26 de septiembre de de 1934.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

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

Eduardo Zuleta Angel, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J., Juan Francisco Mújica, Antonio Rocha. — El Conjuez, Manuel Casabianca.—Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

ACCION SOBRE PAGO DE PERJUICIOS.—OBLIGACION CONDICIONAL

Las acciones que se derivan de los artículos 1530 y 1542 del Código Civil y 445 del Código de Comercio, son distintas y cada una requiere especial pronunciamiento.

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

(Magistrado ponente, Dr. Antonio Rocha)

Hechos

(Síntesis que hace la Corte de lo pertinente para la mejor inteligencia del estudio del recurso de casación).

José E. Alfonso, mayor y vecino de Bogotá, demandó al Ingenio Central de San Antonio, sociedad anónima domiciliada en Bogotá y constituída por escritura Nº 1872, otorgada ante el Notario 3º de esta ciudad el 2 de noviembre de 1922, para que se declare resuelto, por falta de cumplimiento del Ingenio, el contrato que celebraron el 30 de mayo de 1928; y para que la sociedad sea condenada: A indemnizarle los perjuicios que le ocasionó por el incumplimiento del contrato; a pagarle $ 190,000, o la suma que fijen peritos en el juicio, como indemnización de tales perjuicios; a pagarle el resto de la participación o eventualidad que le correspondió a Alfonso en la mayor produc-

ción de la zafra comenzada en el Ingenio el 26 de diciembre de 1928 y que estaba pendiente todavía cuando en mayo de 1929 fue despedido Alfonso del servicio del Ingenio; y a pagarle, con intereses, el valor de su sueldo correspondiente a mayo de 1929.

Consiste la razón de esta demanda en que el Ingenio celebró con Alfonso en mayo de 1928 un contrato por documento privado para que éste administrara la empresa y le prestara sus servicios técnicos y prácticos para la fabricación de azúcar durante cuatro años, con el propósito de intensificar la producción dentro del menor costo; en que Alfonso estaba cumpliendo sus obligaciones y el Ingenio dejó de cumplirlas y lo despidió inmotivadamente en mayo de 1929; en que el incumplimiento del Ingenio le ocasionó a Alfonso graves perjuicios; en que además no le pagó el porcentaje que a éste le correspondía según el contrato sobre la mayor producción de la zafra iniciada el 26 de diciembre de 1928, ni el sueldo del mes en que fue despedido.

El Ingenio afirma lo contrario; que él estaba cumpliendo el contrato y que Alfonso, en cambio, lo violó expresamente, mediante actos fraudulentos y abusivos que determinaron al Ingenio a prescindir de los servicios de Alfonso, actos que a través del expediente pueden agruparse en cuatro categorías, a saber:

a) Alfonso tenía una participación en el producto de la zafra sobre un mayor rendimiento estipulado en el contrato, de manera que su interés lo llevaba a buscar ese mayor rendimiento sobre una misma cantidad de materia prima. Pues bien, él hacía moler determinada cantidad de caña, por ejemplo, cien toneladas, y acusaba recibo por menos, por ejemplo, por setenta, para demostrar aparentemente que setenta toneladas producían la misma cantidad de azúcar que cien toneladas y tener derecho a la participación (véase la página 16 del cuaderno número 5).

b)—El abuso de confianza consistente en que Alfonso tomó unas sumas de dinero y además unas letras giradas por el Ingenio a favor de la Compañía de Cemento Diamante, aquélla por $ 4.770.28 y éstas por $ 750, sobrepasándose en la remuneración a que Alfonso tenía derecho, pues no podía imputarlas a futuros rendimientos de zafras que aún no habían finalizado (cuaderno número 3, folio 21):

c)—Haber empacado azúcar en bultos de contenido o peso menor al marcado por fuera, y que Alfonso despachaba directamente desde la fábrica a los clientes del Ingenio, lo cual originó reclamos de éstos y merma del buen nombre y crédito del Ingenio; y

d)—El no haber hecho por escrito el reglamento interno de la Empresa en el lugar de los trabajos.

Basado en los motivos que se dejan sintetizados y en otros de menor trascendencia, el Ingenio se opuso a las peticiones y hechos del libelo, y a la vez le sirvieron de fundamento a los cargos de la contrademanda, en que el Ingenio pide contra Alfonso indemnización de perjuicios por el incumplimiento de éste y por sus procederes indebidos, que estima en $ 20.000 o en lo que se fije en el juicio por medio de peritos; y además la devolución de $ 7.899.50, o lo que resulte de los libros de cuenta del Ingenio, en que Alfonso se sobregiró al tomarlos sin derecho de la caja.

SENTENCIAS DE INSTANCIA

El Juez 6º del Circuito de Bogotá condenó a Alfonso a indemnizarle al Ingenio los perjuicios provenientes de la infracción del contrato en la cantidad que se determine en juicio separado; y absolvió al Ingenio de todos los cargos, condenándolo únicamente a pagarle a Alfonso la suma de $ 180.00 por razón del sueldo que alcanzó a devengar en mayo de 1929.

Apelado este fallo por ambas partes, el Tribunal Superior de Bogotá dictó sentencia de segunda instancia el 31 de octubre de 1933, en que revoca la del Juez y en su lugar resuelve:

"1º—Declárase improcedente la acción resolutoria del contrato celebrado entre la sociedad anónima denominada Ingenio Central de San Antonio y José E. Alfonso, consignado en el documento extendido en esta ciudad el 28 de mayo de 1928;

"2º—Condénase a la sociedad anónima denominada Ingenio Central de San Antonio, representada por su gerente, al pago de los perjuicios que se le hayan seguido al actor Alfonso por la violación del contrato contenido en el documento citado en el punto anterior, los que serán determinados al cumplirse la presente sentencia;

"3º—No hay lugar a resolver las otras peticiones de la demanda principal;

"4º—Absuélvese al contrademandado José E. Alfonso de los cargos formulados en la contrademanda;

"No se hace condenación en costa del juicio".

En la parte motiva de la sentencia el Tribunal establece que entre los perjuicios cuyo pago ordena a favor de Alfonso deberá tenerse en cuenta su participación sobre el producto de la segunda zafra; que este elemento integrará la respectiva indemnización de perjuicios y por lo mismo no requiera, dice, una condenación especial en la parte resolutiva.

Contra este fallo recurre en casación el apoderado del Ingenio, en extensa demanda.

ESTUDIO DEL RECURSO

Para la mejor inteligencia de los cargos contenidos en los capítulos primero, segundo y tercero de la demanda de casación, conviene anotar que para el recurrente aparece el Ingenio cumpliendo el contrato y haciendo uso de un derecho al despedir a Alfonso, y en cambio resulta de las pruebas del proceso que Alfonso lo violó mediante actos de fraude y con omisiones que iban contra el espíritu del contrato, actos y omisiones que autorizaron al Ingenio para rescindirlo.

Expuesta así la base de que parte el recurrente, se procede a la enunciación y estudio de los cargos concretos del recurso, agrupando por vía de método los de los capítulos 1º, 2º y 3º, que dieron lugar a la violación de los artículos 1602, 1603, 1618, 1546, 1494, 1757, del C. C. y 446 del C. de Comercio.

I)—Apreciación errónea de la prueba resultante de los testimonios de Humberto Duque, Roberto Vallejo, Jesús A. Molina y Daniel López (folios 4 a 8 y 12 del cuaderno de pruebas del demandado), conforme a los cuales está probado el fraude de Alfonso en el peso de las cañas de moler, fraude ya enunciado por la Corte bajo el punto a) de los hechos de casación.

Dice el recurrente que el Tribunal acepta las declaraciones de Vallejo y de López como procedentes de testigos hábiles y de fe, que deponen sobre hechos repetidos o crónicos, como fueron los de pasar caña sin apuntar su peso y sin embargo molerla siempre para hacer aparecer un falso rendimiento, pero que el Tribunal en vez de deducir de esa su propia premisa la conclusión lógica, que lo hubiera llevado a la evidencia del cargo hecho por el Ingenio, los desestimó por exigir de ellos la comprobación de un hecho aislado de fraude, cuando la intención del Ingenio al presentar esa prueba fue comprobar una serie de hechos crónicos, que constituían el procedimiento indebido de Alfonso.

II)—Que para el Tribunal resultó que Alfonso cumplió el contrato y desempeñó bien sus funciones, sin que hubiera incurrido en omisiones o falta de la diligencia requerida, convicción que el Tribunal se formó a través de dos pruebas principales, las cuales estimó erróneamente, a saber:

a)—La declaración del gerente de El Ingenio hecha por escrito a los accionistas en su informe anual rendido el 31 de diciembre de 1928, informe en que el gerente les manifiesta a los accionistas su complacencia no sólo por haber celebrado el contrato con Alfonso, sino también por la manera como éste cumplía sus compromisos y por ello esboza un tranquilo y seguro panorama para la empresa, o, según la expresión del gerente, "perspectivas futuras" del negocio.

Respecto de esta declaración del Gerente, que el sentenciador tomó como una confesión extrajudicial con mérito de plena prueba, dice el recurrente que la estimación fue desacertada al ver o deducir de ella prueba del buen desempeño del cargo que el Ingenio confió a Alfonso y una como aprobación tácita de aquél a las gestiones de éste, por dos motivos: porque con las declaraciones atrás citadas de Duque, Vallejo, Molina y López, que comprueban el fraude de Alfonso, queda probado que el Gerente sufrió un error de hecho—precisamente el caso típico de error que motiva una confesión—al hacer la declaración o confesión; y, en segundo lugar, porque tal informe se refiere sólo al lapso vencido el 31 de diciembre de 1928 y por tanto sólo a él se refiere la confesión, pero no al tiempo que va de 1º de enero a 18 de mayo de 1929, en que falló la conducta de Alfonso. Ni el error justificativo de la confesión, ni el lapso cobijado por ésta, los tuvo en cuenta el Tribunal.

b)—De las declaraciones de Neftalí Rueda y Evaristo Pedraza (folios 28 y 37 del cuaderno número 3) que hablan de las labores desarrolladas por Alfonso y de su constante consagración durante todo el tiempo en que estuvo al servicio del Ingenio, de las innovaciones y economía que introdujo,

en la finca y en El Ingenio, dice el recurrente que fueron también mal apreciadas por el fallador porque de que hubiera cumplido algunas no se deduce que las cumpliera todas, y pone como ejemplo de las no cumplidas las referentes a economías, que fueron materia de precisas glosas por parte de la gerencia en cartas de 8 de marzo de 1929 (folio 7 del cuaderno de pruebas del demandante) y 20 de abril del mismo año (folio 15, cuaderno número 3), glosas no contrarrestadas por las declaraciones de Rueda y de Pedraza. Y además fueron mal apreciadas porque, haciendo suyo el recurrente el concepto del Magistrado que salvó su voto, "puede decirse que ellos (los testigos Rueda y Pedraza) al afirmar de una manera general que las innovaciones implantadas por Alfonso dieron por resultado mayor rendimiento de azúcar a un precio inferior, expresaron la razón de su dicho, puesto que indican en qué consisten las innovaciones y las razones por las cuales ellas implicaban economía en los gastos; pero claramente se ve que al declarar en tal sentido, los testigos no hacen otra cosa que deducir las consecuencias de las innovaciones o mejoras a que ellas se refieren, deducciones o inferencias que, si bien pueden ser permitidas a los testigos, no hacen fe en juicio porque ellas no son propias de la prueba testimonial sino de la pericial".

III—Omisión y falta de apreciación de varias pruebas, que lo llevó al error de condenar al Ingenio, a saber:

En primer lugar, del documento de 30 de mayo de 1928, del cual se destaca que la finalidad que persiguió el Ingenio fue buscar un técnico en la elaboración de azúcar que, a más de técnico, implantara el orden y la economía del Ingenio; y que así lo dice el Gerente en aquel informe a los accionistas en que tanto hincapié hace la Sala falladora, en pasaje que trascribe el recurrente. Pero no resultó tal economía, ni el orden, porque Alfonso no dio ni dictó el reglamento escrito a que se comprometió, y tampoco resultó técnico, porque el Ingenio tuvo que contratar los servicios de un especialista, del doctor Tadeo Bleszinsky, químico, azucarero y destilador, cuando la gerencia se proponía economizar un sueldo con el hecho de refundir, según el contrato, en un solo empleado, en Alfonso, los cargos de Administrador y de Técnico. Eso consta en las cartas presentadas por el mismo Alfonso que corren a folios 14 y 17 de su cuaderno de pruebas, las cuales dejó de estudiar el Tribunal, en segundo lugar.

IV—Antes de anotar los cargos del capítulo 3º, conviene que la Corte advierta que en la técnica del recurso los cargos que ha resumido en el aparte I de este fallo (por mala apreciación de los testimonios de Duque, Vallejo, Molina y López), van encaminados a demostrar que sí está probado el fraude, que es el hecho positivo que permitió al Ingenio, en concepto del recurrente, rescindir el contrato, no obstante el término prefijado. Y también violó Alfonso el contrato con omisiones (las del reglamento y falta de técnica y economía) y de ahí los cargos contenidos en el resumen que la Corte acaba de hacer bajo el punto III, lo cual autorizó también al Ingenio para retirar a Alfoso despidiéndolo durante el plazo. Y, finalmente, que en cambio, como se vio en los cargos resumidos en el punto II, el Ingenio sí venía cumpliendo y obró con derecho a despedir a Alfonso por fraude y omisión de obligaciones, cumplimiento del Ingenio que no destruyen ni la confesión del Gerente en el informe a los accionistas, ni las declaraciones de Rueda y Pedraza sobre las labores de Alfonso, conforme lo dice al recurrente en los cargos sintetizados por la Corte en el punto II de esta sentencia.

Con la anterior explicación se aprecia muy bien este otro cargo del recurso: La cláusula cuarta del contrato permitía al Ingenio prescidir de los servicios de Alfonso sin indemnización alguna en caso de incumplimiento por parte de Alfonso de cualquiera de las obligaciones a su cargo. Demostrado, dice el recurrente, ese incumplimiento por actos positivos (el del fraude en el peso de las cañas) y por omisiones (falta de haber dictado el reglamento y haber introducido economías), era y es claro el derecho del Ingenio a despedir a Alfonso y a que el Tribunal lo hubiera absuelto.

Por falta de apreciación y mala apreciación de las pruebas referidas antes, el Tribunal violó los artículos 445 y 446 del Código de Comercio, porque al tenor de ellos sí es causa legal para rescindir el contrato de preposición todo acto de fraude y de abuso por parte del factor. Y también violó el artículo 1494 del C. C. al no atender la estipulación contractual contenida en la cláusula cuarta, conforme a la cual los contratantes convinieron en forma expresa en que el incumplimiento de Alfonso, por acción u omisión, autorizaba al Ingenio para despedirlo

durante el plazo sin indemnización a cargo del Ingenio.

La Corte procede a estudiar los cargos que deja expuestos.

I)—El Tribunal, después de trascribir textualmente las declaraciones de Duque, Vallejo, Molina y López, hace un detenido análisis de cada una de ellas, en vista de la gravedad del cargo de dolo que con ellas se pretende acreditar y de su trascendencia para la suerte del litigio. La detención con que lo hizo y la conciencia que revela el fallador en la consecuencia que de su estudio ponderativo reultaría para las partes, hace más respetable para la Corte el juicio definitivo que en últimas se formó sobre una cuestión de hecho en que el legislador ha visto, con razón, la necesidad de darle un amplio poder de apreciación al Juez, como se le dio en los artículos 593 a 704 del C. J. Con la correlativa atención la Corte estudia el cargo de mala apreciación de esa prueba testimonial, que de ser fundado, conduciría a la violación de algunos de los artículos que cita el recurrente, especialmente del 446 del Código de Comercio por falta de aplicación, de conformidad con el cual un solo acto de fraude habría autorizado al Ingenio para prescindir de los servicios de Alfonso, sin indemnización alguna.

De los cuatro testimonios en cuestión, el Tribunal desechó, con razón, en primer lugar, el de Duque, porque según su propia confesión firmaba recibos falsos por instrucciones de Alfonso para que éste no lo privara de su empleo, de manera que ahora que declara a favor del Ingenio su testimonio no es atendible porque subsiste la misma tacha de que el sentido de su declaración obedezca al temor de que se le despida. En segundo lugar, desecha el testimonio de Molina por ser deficiente y en gran parte de referencias u oídas. Y quedan subsistentes las declaraciones de Vallejo y López, cuya mala apreciación es el objeto directo del ataque del recurrente.

Que estos testimonios sean suficientes para dejar establecidos actos positivos de dolo por parte de Alfonso en el desempeño de su encargo, es concepto que la Corte no puede formarse en sustitución del contrario del Tribunal, porque desechados acertadamente por él los de Duque y Molina, a los dos restantes les apunta con suficiente razón defectos de vaguedad y de coincidencia en las circunstancias de modo y tiempo relativas al hecho concreto constitutivo del fraude en que debieran coincidir, y aun como indicios los examina el Tribunal sin que por este otro aspecto fueran suficientes para determinar su convicción conforme al artículo 665 del C. J., y expresamente manifiesta también que no puede tomarlos como demostrativos de hechos crónicos, en que la circunstancia de tiempo se referiría no al acto aislado sino a un período en cuya duración coincidieran las referencias testimoniales. Aquellas primeras apreciaciones no adolecen de error manifiesto, pues no hay datos para llegar a otras distintas y son lógicas y propias de la mayor o menor libertad de ponderación que la ley concede al fallador de instancia para estimar la prueba testimonial. Tanto más que en este caso concreto concurre la circunstancia de que la demostración del fraude hubiera podido darse por otro medio de prueba más pertinente y que fue alegado como hecho en el libelo, a saber:

El Ingenio afirma en el numeral 1º de la cláusula primera del contrato con Alfonso que la Gerencia llevaba un record de informaciones semanales producidas por la Administración relativo a los elementos de cultivo, fabricación y producción; y por la cláusula 10, Alfonso se comprometió a producir y enviar esos datos estadísticos a la Gerencia desde la primera semana de labores por conducto de la contabilidad de El Ingenio. Que así lo hizo Alfonso es cuestión que consta en la correspondencia de la Gerencia, en donde se analizan esas cifras semanales, y además lo declaran algunos testigos. Duque dice al respecto:

"No presencié el peso, sino que lo vi en los libros de cuentas, pero no puedo precisar fechas ni horas, pero era frecuente, como se puede probar con las cuentas de báscula y las cuentas que enviaba para Bogotá, y con algunos comprobantes firmados por el fiel de balanza, en la que aparecen descuentos de caña".

Como esa prueba escrita estaba en poder de la Gerencia era lo natural, y es de extrañarse que así no haya sido, que el Ingenio comprobara el fraude que alega mediante la exhibición de esos documentos. Hay que concluír, pues, que—sin dejar de reconocer que la prueba testimonial era conducente—intrínsecamente no ha sido satisfactoria y que el medio de prueba deseable hubiera si-

do la resultante de los libros de cuenta, de báscula, de caja, y la estadística semanal que llevaba el Ingenio, y recibía de Alfonso, complementada, desde luego, con la testimonial.

En cuanto al reparo de que el Tribunal no vio en esos testimonios la intención que tuvo la parte demandada de probar un hecho crónico, no puede aceptarse, porque antes de la cronicidad del hecho, un solo acto aislado de fraude era lo que se esperaba ver probado, con fuerza suficiente de convicción, si la prueba era plena para un solo acto, que para el Tribunal habría sido suficiente para justificar el despido sin indemnización del empleado factor. El Tribunal no halló la prueba ni del acto aislado ni de la periodicidad, por los defectos ya dichos de los testimonios. No es el caso, pues, de aplicar la doctrina sobre prueba de actos periódicos que invoca el recurrente.

Se desecha, en consecuencia, el cargo.

II)—Que el Tribunal haya debido concluir que Alfonso violó el contrato con omisiones de algunos de sus deberes, especialmente por faltar al espíritu de economía que informó el contrato, y por no expedir el reglamento escrito, y a que a esa conclusión no llegó por mala apreciación de dos de las pruebas y por falta de estimación de otras, es cuestión que la Corte tampoco encuentra fundada.

El Tribunal vio en las declaraciones del Gerente a los accionistas una confesión extrajudicial y una aprobación tácita de las directivas de la empresa a las gestiones de Alfonso en el desempeño de su cargo, mediante la relación que hizo de aquellas declaraciones con las exposiciones de los testigos Rueda y Pedraza. A la confesión extrajudicial del Gerente le dio el valor de plena prueba dadas las varias circunstancias que tuvo en cuenta, sin que al darle ese mérito probatorio haya incurrido el Tribunal o se haya demostrado que incurriera en error de derecho, dado el alcance del artículo 608 del C. J. Que el Gerente sufrió error al hacer la confesión y que ese error se estableció plenamente, como lo alega el recurrente, es circunstancia no demostrada para la Corte, porque a ello tienden los testimonios de Duque, Vallejo, Molina y López, testimonios que, como se ha visto, no son suficientes para tener por probados los actos dolosos en el peso de la caña, y que, de ser ciertos, por ignorarlos el Gerente al hacer la confesión, justificarían el error que se alega. Pero no siendo así, ha quedado en pie lo confesado.

Acerca de la errónea apreciación de esa confesión por habrele atribuído el Tribunal valor bastante a acreditar que durante todo el tiempo de la gestión de Alfonso tuvo éste la aprobación tácita que se deduce del informe, siendo así que el informe se refiere sólo al tiempo anterior al 31 de diciembre de 1928, cabe decir que no puede imputársele tal error, ya que para el fallador vino a establecerse con el informe el buen desempeño del cargo por parte de Alfonso únicamente hasta enero de 1929. El posterior buen cumplimiento del cargo, de enero a 18 de mayo en que Alfonso fue despedido, lo estimó probado el sentenciador por virtud de los testimonios de Pedraza y Rueda, agregando que por referirse estos declarantes a todo el tiempo que estuvo Alfonso al frente del Ingenio, sus exposiciones acreditan que no sólo en el lapso de enero a mayo de 1929, sino en todo el tiempo anterior cobijado por el informe, Alfonso desempeñó bien su cargo. Y precisamente relacionando estos testimonios con el contenido del informe fue como le dio a éste fuerza de confesión extrajudicial con mérito de plena prueba, en virtud de la atribución del artículo 608 del C. J.

Además, no se puede prescindir de otras declaraciones relativas al cumplimiento de las obligaciones de Alfonso al estudiar la cuestión implícita de la culpa contractual. No sólo los testigos Pedraza y Rueda (folios 28 y 37 del cuaderno número 3), sino también las precisas afirmaciones de Gómez y de Acero (folios 42 y 45, ib.), comprueban que Alfonso desarrolló una serie de actividades en la reparación, montaje y complemento de la maquinaria, en el mejoramiento de las líneas locales de transporte férreo y tranviaria, en hacer funcionar una máquina de vapor que estaba inservible, y en la construcción y reparación de edificios. Todas ellas convencen de que en general Alfonso administró con diligencia y eficiencia más que mediana los trabajos que se le confiaron.

Ahora, sobre la mala apreciación de las declaraciones de Rueda y de Pedraza, referentes al cumplimiento global de las obligaciones del factor, no hay que perder de vista que éste era un mandatario, y que el mandatario sólo responde en ejercicio de su cargo hasta de la culpa leve, sin que del contrato aparezca, además, que se hubiera obli-

gado a responder de la levísima. Si ello es así, sólo tiene Alfonso que probar que empleó una diligencia y cuidado medianos, ordinarios, para defenderse de la imputación de culpa que se le hace, y para acreditar ese cuidado o diligencia son algo más que suficientes las declaraciones dichas, y hay que tomar en cuenta también las de Gómez y Acero.

Pero dice el recurrente que del hecho de que Alfonso haya cumplido algunas obligaciones no se deduce que las cumpliera todas y que ahí están por ejemplo las referentes a economías que ha debido realizar y no realizó en el renglón de gastos generales y en el altísimo porcientaje de gastos en la casa del Administrador, que el Ingenio le acusó en cartas que cita el recurrente (folio 10 del cuaderno principal). Pero esas imputaciones, observa la Corte, no están justificadas, porque el administrador Alfonso a su vez en carta de 8 del mismo mes de abril de 1929 (folios 11, 12 y 13 del cuaderno pricipal) explica a la Gerencia esos gastos generales como índices de una política económica comparada ventajosamente con gastos similares que el Ingenio hacía antes de su administración, tomados de libros de El Ingenio, y dejan en el ánimo la impresión de que la pertinencia y cuantía de esos gastos en todo caso no pueden juzgarse sino a la larga, cuando las nuevas actividades y orientaciones de la industria los englobe totalmente en vista de los resultados que el mismo Ingenio perseguía, como consecuencia de una política consistente en producir más a menos costo. El Tribunal tuvo en cuenta esa carta de Alfonso y la apreciación de ese documento no ha sido objetada.

Que el nombramiento del técnico azucarero Tadeo Bleszinsky sea consecuencia del fracaso de Alfonso como tal, es cargo que los autos contradicen si se considera que la carta en que la Gerencia lo presenta a la amistad de Alfonso es el único documento que da noticia de ello, sin antecedentes (folio 4, C. Nº 3).

Y aunque en el recurso nada se dice, conviene anotar que en los autos el Ingenio contradice las afirmaciones de Alfonso sobre el buen suceso de su administración en todos los renglones, algunos quedan examinados por haberse planteado expresamente en la demanda de casación. Los restantes no fueron definidos en el proceso. Son discusiones que dependen del punto de vista, no ya jurídico, sino económico, y que para obtener solución legal hubieran necesitado de someterlos al dictamen de peritos. Tal es el caso, por ejemplo, del buen o mal éxito que obtuviera el Administrador cuando reformó en parte los sistemas de cultivo de cañas mediante la supresión total de lo que allá se llamaba "encalles" y que consistía en tapar con las hojas y los cogollos las cepas de las cañas cortadas, procedimiento que algunos testigos presentados por el Ingenio afirman que fue censurado como contraproducente por el técnico cubano Chardons. También fue discutido y quedó sin definirse si el horno de sulfitación construído por Alfonso sobre planos de su propiedad, para la purificación de los jugos y destrucción de las materias colorantes contenidas en ellos, era técnicamente conveniente, como lo afirma Alfonso, o absurdo, según el Ingenio.

Se desecha, pues, el cargo de que esté probado que Alfonso violó el contrato por omisiones y falta de economía, y de que el Tribunal no llegó a esa conclusión debido a la mala apreciación de la confesión del informe y de las declaraciones de Pedraza y Rueda.

Y como la cláusula cuarta del contrato no hace sino poner en forma expresa la atribución que el artículo 446 del Código de Comercio da al patrón para despedir al factor sin indemnización durante el plazo a consecuencia de actos de fraude o similares, si éstos no se probaron por él en el juicio, es fundada la conclusión del fallador de que el motivo fue inmotivado y de que por ello le debe perjuicios al factor. No se violó, pues, ese artículo del Código de Comercio ni el 1494 del Civil.

CAPITULO CUARTO

También se acusa la sentencia por violación de los artículos 1530 y 1542 del C. C., tanto directamente como por la interpretación errónea de algunas pruebas.

Afirma el recurrente que la obligación del Ingenio en relación con el numeral 7º de la cláusula primera del contrato o sea la que le concede a Alfonso una participación en el mayor rendimiento del azúcar en cada zafra, es condicional, subordinada al cumplimiento de determinados requisitos, a saber: que el rendimiento fuera de 7% de azúcar por cada tonelada de caña molida, que el 70% de azúcar fuera de primera calidad y que para los efectos de hacer la liquidación, ésta sería de diez pesos por cada veinticinco

libras de azúcar que se obtuvieran como mayor rendimiento por sobre cierta cantidad prefijada.

Que siendo eventual esa participación, subordinada al cumplimiento previo de tales condiciones, y no habiéndose demostrado por quien la reclama la consumación de esos elementos constitutivos de condición, la participación no se puede decretar a favor de Alfonso sino cuando se cumpla la condición a que estaba subordinada, y que ese era uno de los objetos de este juicio y uno de los fines del demandante. En seguida expone el recurrente razones que a continuación se estudiarán sobre la falta total de prueba de los elementos y rendimientos de la segunda zafra, para concluir que fueron violados los artículos 1530 y 1542 del C. C.

La Corte considera que son evidentes las afirmaciones del recurso sobre la falta de pruebas conducentes a demostrar los resultados de la zafra en cuyos rendimientos reclama una participación el demandante Alfonso; y que la obligación de pagar esa participación está subordinada para El Ingenio a la prueba que debió dar Alfonso del cumplimiento de las condiciones contractualmente estipuladas en la mencionada cláusula que para su mejor inteligencia, es conveniente trascribirla junto con la sexta. Dicen así:

"6ª—El Ingenio reconocerá a Alfonso una asignación mensual fija por sus servicios de $ 300.00 moneda corriente, que se compromete a pagarle por mensualidades vencidas;

"7ª—El INGENIO reconocerá además y pagará a ALFONSO una eventualidad del 25% sobre el mayor rendimiento que se obtenga en la producción de azúcar, en las siguientes forma y condiciones: Si ALFONSO obtiene un rendimiento del 7% de azúcar por cada tonelada de cañas molidas, el INGENIO le reconocerá y pagará el porcentaje indicado tomando para el efecto y como base de la liquidación correspondiente un rendimiento del 6%; es decir, que se le reconocerá y pagará a ALFONSO por EL INGENIO el 25% sobre el 1% obtenido como mayor rendimiento entre el 6 y el 7%. En las mismas condiciones se le liquidará la eventualidad sobre todo rendimiento mayor del 7%, o sea tomando como base para la liquidación el 6%. Para efectos de la liquidación correspondiente a la eventualidad, caso de que ALFONSO la devengare, se hará a razón de DIEZ pesos moneda corriente por cada 125 libras de azúcar que se obtengan como mayor rendimiento en las condiciones establecidas. Para el reconocimiento de la eventualidad es condición indispensable que el 70% del azúcar que se produzca sea de primera calidad, pues si en la producción, la clase de primera que resultare pasare del 60% pero no llegare al 70%, entonces la eventualidad será del 20% y no del 25% de que trata esta cláusula, entendido que siempre se llenen los demás requisitos exigidos sobre el rendimiento. En los casos en que la producción de azúcar en primera calidad no llegare al 60%, la eventualidad se fijará por la Junta Directiva, mediante convenio especial con ALFONSO;....."

La cláusula tercera del contrato, también es pertinente a saber:

"Las liquidaciones generales de las zafras se verificarán al finalizar cada una de ellas, y entonces, o sea a la terminación de cada liquidación, el INGENIO abonará a ALFONSO la cantidad que por concepto de porcientaje le haya podido corresponder en conformidad con el numeral séptimo de la cláusula primera;....."

Al tenor de tales estipulaciones, es claro que a ALFONSO le correspondía por remuneración o salario (artículo 450 del Código de Comercio) un sueldo fijo de $ 300.00 mensuales convenido en el ordinal 6º de la cláusula 1ª, y una participación eventual cuando al finalizar cada zafra se hubieran cumplido las condiciones fijadas por las partes en el numeral 7º de la misma cláusula primera. El sueldo fijo se devengaba por el solo trascurso de los meses servidos por Alfonso; la participación eventual dependía de que las zafras se fueran verificando en las condiciones estipuladas para lo futuro, de manera que la participación no podía exigirse sino cumplidas totalmente tales condiciones (artículos 1530 y 1542 del C. C.) Como el pago de la participación implicaba para Alfonso un derecho y para el Ingenio una obligación condicional, correspondía al primero demostrar en el juicio que la zafra se había verificado en las condiciones que obligaban al Ingenio, de acuerdo con el artículo 1757 del C. C., según el cual incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta.

Y Alfonso las alegó en el hecho 24 de la demanda diciendo:

"Los rendimientos de la zafra principiada el 26 de diciembre de 1928 alcanzaron al

8,86% en el tiempo comprendido entre dicho día y el 18 de mayo de 1929".

Y en consecuencia pidió que se condenara al Ingenio:

"3º—A pagarle al mencionado Alfonso el resto de la participación o eventualidad que le correspondió en la mayor producción de la zafra principiada en dicho Ingenio el 26 de diciembre de 1928".

La sentencia no repara en si tales condiciones se cumplieron en la zafra principiada el 26 de diciembre de 1928, ni, en verdad, existen los datos estadísticos y comparativos con las zafras anteriores de los cuales pudieran deducirse esos números índices y calidades exigidas por el ordinal 7º de la cláusula 1ª del contrato, ni la inspección ocular ni el dictamen pericial que pidió Alfonso con el fin de establecerlos, se llevaron siempre a cabo. El sentenciador deduce el cumplimiento de esas condiciones en la segunda zafra por juzgar que en la primera, la que principió el 27 de agosto y terminó el 6 de octubre de 1928, el Ingenio le reconoció a Alfonso una participación de $ 2.350.00 sobre el rendimiento, y razona así:

"Del contenido de esta carta (la que figura a folio 13 del cuaderno principal, dirigida por El Ingenio a Alfonso) se deduce lo siguiente: Alfonso en su calidad de Administrador puso el Ingenio en capacidad de producir en la forma estipulada en el contrato, y por ello se le reconoce la participación correspondiente; como éste tenía interés en la conservación de las innovaciones y mejoras hechas en el Ingenio para que en lo sucesivo pudiera obtener al menos el mismo resultado, no es lógico suponer que éste, después del 28 de enero de 1929, hubiera modificado en forma alguna las condiciones del Ingenio, con tanta mayor razón si se considera, como luégo se dirá, que el Ingenio en esa fecha estaba en plena actividad, por estarse llevando a cabo la zafra que principió el 26 de diciembre del mismo año".

La única prueba conducente al respecto es la liquidación hecha por E. Pedraza, a cuya condición de cajero del Ingenio aluden las declaraciones, que corre a folio 23 del cuaderno principal; pero del cual ni siquiera toma nota la sentencia, ni lo menciona en parte alguna, y con razón no es aceptable como prueba, porque no se sabe que ese empleado tenga la facultad de obligar a la Compañía con sus certificados, ni parece el conducto regular para producir los datos pertinentes. Es a esa certificación a la que alude el recurrente al calificarla de "papel vergozante".

Pero aun aceptando como prueba suficiente para condenar al Ingenio a pagarle a Alfonso una participación sobre la zafra empezada el 26 de diciembre la deducción que hace el Tribunal en el razonamiento trascrito, cae él por su base si se considera que la zafra anterir produjo un rendimiento o porcentaje inferior al que sobre la última reclama Alfonso en este juicio, o sea lo que va de un 7½% a un 8,86%. Esa comparación puede servir para suponer que el Ingenio seguía en condiciones normales para dar algún rendimiento, pero no cuánto, y aun aquella suposición es aventurada, por el cúmulo de factores que hacen variar la producción, la calidad y el rendimiento de la época de una zafra a otra. Esos índices, que representan un valor considerable en dinero, no pueden deducirse sino de comprobaciones muy precisamente deducidas en juicio.

Es, pues, evidente que el Tribunal, al dar instrucciones en la parte motiva del fallo para que la participación eventual en la zafra se incluyera entre los perjuicios, como elemento integrante de la indemnización decretada luégo en el ordinal 2º de la parte resolutiva, hizo efectiva en contra del demandado una obligación condicional, sin estar demostrado por el demandante el cumplimiento de esas condiciones, por interpretación errónea de algunas pruebas, y especialmente de la carta que figura a folios 13 de cuaderno principal, de la cual sacó conclusiones indeducibles acerca de las condiciones en que se hizo la segunda zafra, y violó, consiguientemente, los artículos 1530 y 1542 del C. C., al tenor de los cuales no puede exigirse el cumplimiento de la obligación condicional sino verificada la condición totalmente.

Esta infracción del Tribunal, que lo condujo a reconocer como perjuicios a cargo del Ingenio y a favor de Alfonso, el producto proporcional sobre el rendimiento de la zafra que empezó el 26 de diciembre de 1928, al considerar ese porcentaje como parte integrante de la indemnización por el despido extemporáneo del administrador, cuando ésta proviene de la rescisión, que es la acción reconocida por el artículo 445 del Código de Comercio, y aquél del pago condicional de una eventualidad que forma parte del salario ordenado por el artículo 450 del mismo Código, está diciendo que las acciones son

distintas y que cada una requiere un especial pronunciamiento.

Por lo demás, cabe anotar aquí que el apoderado del opositor es de concepto (folios 28 vuelto y 24 del cuaderno de la Corte) que el Tribunal no condenó al Ingenio al pago del porcentaje en la zafra, dada la manera como planteó y resolvió este punto especial. La Corte no es del mismo parecer.

La casación del fallo será, pues, parcial, en el sentido de advertir en la parte resolutiva que la indemnización de perjuicios decretada a cargo del Ingenio no comprende participación alguna a favor de Alfonso por razón de la segunda zafra. Y lo dicho en este último capítulo del fallo de la Corte sirve para fundar el de instancia.

DEMANDA DE RECONVENCION

El Ingenio contrademandó a Alfonso para que fuera condenado a indemnizarle perjuicios por el no cumplimiento del contrato y para la restitución de una suma de dinero. El Tribunal absolvió a Alfonso.

El recurrente dice que para que prospere la contrademanda, basta con hacer ver que el Ingenio cumplió con lo pactado y que Alfonso nó, de donde deduce el derecho del Ingenio a que Alfonso le indemnice de los perjuicios que le ocasionó con el incumplimiento, y la violación del artículo 1546 del C. C. por haber absuelto a Alfonso de los cargos de la contrademanda.

Empero, como el cumplimiento de Alfonso es cuestión en que el fallo del Tribunal permanece en pie, no obstante los cargos del recurso, consecuencialmente no prosperan contra la sentencia recaída a la contrademanda.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa parcialmente la sentencia de fecha 31 de octubre de 1933, originaria del Tribunal de Bogotá, en el sentido de reconocer que entre los perjuicios decretados en dicho fallo a cargo del Ingenio Central de San Antonio y a favor de José E. Alfonso, no pueden incluírse los correspondientes al punto tercero (3°) petitorio del libelo que reformó definitivamente la demanda de éste contra aquél, y deja en pie el texto de la parte resolutiva del fallo recurrido.

Sin costas.

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

Eduardo Zuleta Angel, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J., Juan Francisco Mújica, Antonio Rocha.— El Conjuez, Jesús Perilla V.— Pedro León Rincón Sria en ppl.

OPOSICION AL DOMINIO Y POSESION DE UNA MINA

Cuando se controvierte entre dos personas sobre a cuál de las dos ha de adjudicarse una mina dada, la contienda versa sobre el mejor derecho que a la adjudicación tenga una y otra de las partes contendoras; y cuando se disiente, no sobre mejor derecho a la adjudicación, sino sobre si la oposición le tiene, como título, a impedir que al denunciante se dé la posesión que pretende, entonces se está en juicio no sobre mejor derecho a la adjudicación, sino sobre la posesión misma, en razón del título ya existente en favor de quien, por obra de él, sostiene ser dueño y demanda que esto se le reconozca y declare. El primer caso es el contemplado por el Capítulo VI del Código de Minas; el segundo el contemplado en el Capítulo XXII. La adjudicación de una mina ha de ser la base SINE QUA NON del dominio, el eslabón primero e indispensable en una cadena cuyos eslabones restantes bien pueden ser títulos entre particulares, de los que sirven a éstos para la transmisión y la transferencia de bienes. En habiendo aquel primer eslabón, aquella indispensable base primaria, saben legalmente esotros; pero en faltando aquél, esos otros elementos no valen. Lo que la ley exige en medio de conservar una mina no son pagos cualesquiera más o menos caprichosos, más o menos cuantiosos, más o menos continuos, sino precisa y exclusivamente los pagos hechos por mina previamente titulada. (Arts. 341, 146 y siguientes del C. de Minas).

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

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

The Bucaramanga Gold and General Mining Company Limited, de Londres, ha seguido juicio ordinario contra los señores Jorge Vélez, Antonio e Ismael Martínez y Luis Alfredo Núñez, en relación con la mina La Tosca. La primera instancia cursó en el Juzgado 3º del Circuito de Bucaramanga, y la segunda se decidió por el Tribunal Superior de ese Distrito Judicial en sentencia de 4 de julio de 1934, contra la cual aquella compañía interpuso casación, recurso que va a decidirse.

Antecedentes

El señor Vélez denunció para sí mismo y para sus actuales codemandados la mina denominada La Tosca, en la orilla izquierda del río Salado, paraje de El Arco, fracción de Vetas, del Municipio de California, como de antiguo descubrimiento y abandonada, y pidió la respectiva posesión. Se opuso la mencionada compañía y ello dio ocasión a que ésta, declarada demandante, haya seguido el presente juicio, en cuya demanda inicial pide se declare que ella tiene mejor derecho que los denunciantes al dominio y posesión de tal mina, aduciendo estos hechos fundamentales: 1º Comprender ésta porciones de otras minas que son de la compañía, por habérselas traspasado la Compañía Minera de Santander, la que las había adquirido y redimido a perpetuidad por el pago del respectivo impuesto en veinte años; 2º No haber sido abandonadas tales minas; y 3º No poder dentro del área de ellas denunciarse otras como abandonadas ni como de nuevo descubrimiento, por haber la compañía adquirido a perpetuidad su dominio.

El Juzgado resolvió no hacer las declaraciones pedidas en la demanda, estimó que los denunciantes tienen mejor derecho que la compañía opositora a que se les dé la posesión de la mina de antiguo descubrimiento y abandonada llamada La Tosca y ordenó pasar las diligencias a la Alcaldía de California para el cumplimiento de la comisión conferida originariamente al efecto por la Gobernación del Departamento.

El Tribunal reformó esa sentencia y falló el litigio así: no se hacen las declaraciones pedidas por la compañía demandante no está probada su oposición; la documentación pertinente de esta causa pasará a la Gobernación para que allí se disponga la tramitación administrativa subsiguiente en los términos y oportunidades legales.

El recurso

Aduce la demanda de casación los dos primeros motivos de los establecidos por el art. 520 del C. J.

En lo tocante al primero formula estos cargos:

Violación del art. 66, en relación con el 59, ambos del C. de Minas, por infracción directa, interpretación errónea y aplicación indebida; y

Violación de los arts. 382 y 383 del mismo Código por aplicación indebida, a consecuencia de error en la apreciación en general de las pruebas de su parte y en especial del dictamen pericial de segunda instancia y de "los títulos irreprochables que figuran en el expediente para acreditar el dominio de la sociedad opositora".

Sobre esta violación formula separadamente el cargo, así: a) El Tribunal desoye los títulos presentados, por una extraña interpretación del art. 70 de esa obra; b) Desoye el dictamen pericial, según el cual La Tosca invade sectores de las minas El Pocito y El Molino; c) Declara que huelga estudiar otras pruebas.

Sostiene el recurrente que, habiendo pedido la demanda se declare que la compañía tiene mejor derecho que los denunciantes, colocó con esto el caso dentro del citado art. 66; de suerte que el Tribunal, pasó por alto esa petición y dejó de aplicarlo y lo violó por consiguiente, al paso que lo interpretó erróneamente al hacerlo en forma que excluía de él el presente juicio. Y dice que el Tribunal se abstuvo de considerar y decidir este pedimento, porque la sentencia se concreta a la solicitud sobre dominio, colocando el litigio en el caso de los arts. 382 y 383, los que, por consiguiente viola, aplicándolos, debiendo no hacerlo.

En lo tocante al motivo segundo el cargo consiste en no haber decidido el Tribunal la referida acción de mejor derecho, sino concretándose exclusivamente a la de dominio, con lo cual incurrió en la incongruencia de que habla ese motivo 2º del citado art. 520.

Motivos

El mejor derecho de que habla el art. 66 se refiere a la adjudicación. Ante las disposiciones del Cap. VI de dicho Código, capítulo cuyo nombre es "Oposiciones", se halla que lo contemplado en ellas es el caso en que se denuncia una mina cuya adjudicación y posesión se piden y alguien por razón de su descubrimiento anterior se opone alegando este mejor derecho a todas las pertenencias que van a entregarse o parte de ellas. Así las cosas, ese art. 66 agrega: "en este caso el juicio tendrá por objeto que se decida cuál de los denunciantes tiene mejor derecho a que se le adjudique la mina o parte de mina disputada".

Del Cap. XXII son materia los juicios ordinarios sobre minas. Comienza con el art. 382, que los define y que advierte no ser sólo los ordinarios comunes, sino también los en que se ventila la posesión y propiedad, no sin advertir, evitando así la duda que pudiera ocasionar el silencio, que además lo son los del citado art. 66. Y a este fin se expresa en estos términos: "También es ordinario el juicio sobre mejor derecho a la adjudicación de una mina, conforme al art. 66". No sobra llamar de paso la atención hacia la claridad que estas palabras arrojan, en el mismo sentido ya dicho, sobre que la locución mejor derecho se refiere o concreta a la adjudicación.

Estas breves citas hacen ver que cuando se controvierte entre dos personas o grupos de personas sobre a cuál de los dos ha de adjudicarse una mina dada, situación que obliga, apenas habrá para qué ponerlo de presente, a comprender que esa mina no está adjudicada aún, es cuando procede reconocer que la contienda versa sobre el mejor derecho que a la adjudicación tenga una y otra de las dos partes contendoras; y que cuando se disienta, no sobre mejor derecho a la adjudicación, sino sobre si el opositor lo tiene, como dueño, a impedir que al denunciante se dé la posesión que pretende, entonces se está en juicio no sobre mejor derecho a la adjudicación, sino sobre la posesión misma, en razón del título ya existente en favor de quien, por obra de él, sostiene ser dueño y demanda que esto se le reconozca y declare.

El primer caso es el contemplado por el referido Cap. VI, de que hacen parte los citados arts. 59 y 66. El segundo caso es el contemplado en el Cap. XXII, de que hacen parte los citados arts. 382 y 383.

Como queda dicho, la demanda inicial del presente pleito ordinario sobre minas no tiene por objeto una adjudicación por hacer, en cuya busca vayan ambas partes, de manera que cada una aspire a que esa adjudicación sea para ella y no para la contraria. Esa demanda, clara en su pedimento cardinal y más clara aún, si posible, en atención a sus hechos fundamentales, lo que solicita es que se reconozca el dominio preexistente, ya de tiempo atrás, en favor de la compañía demandante, en razón de tener título por traspaso de quien lo había adquirido originariamente a perpetuidad, y porque la mina no puede reputarse abandonada.

La sola lectura del libelo basta a demostrar, por tanto, que lo aplicable fue lo dispuesto por el C. de Minas en su citado Cap. XXII, por lo cual en esa aplicación y consiguientemente en la de los arts. 382 y 383, no hubo la violación que encuentra el recurrente, esto es, que no puede esa aplicación calificarse de indebida. Y basta a de-

mostrar también, al propio tiempo, que no fueron violados los dichos arts. 59 y 66 por no haberlos aplicado, puesto que, no era el caso de aplicarlos.

El Tribunal sentenciador, comprendiendo que se trataba del juicio de dominio que como tal inició y planteó el libelo de demanda, se guardó de aplicar disposiciones atañederas a juicio tan distinto como lo es aquel en que se controvierte sobre cuál de las dos partes tiene mejor derecho a la adjudicación. Mal habría hecho el Tribunal, y entonces sí habría incurrido en los yerros que atribuye el recurrente a la sentencia recurrida, si, trocando disposiciones, hubiera situado el caso ante el art. 66, a despecho de que el punto de partida de la compañía demandante es cabalmente el de no estarse en discusión de adjudicación por hacer, sino ante una adjudicación ya hecha.

Es verdad que al solicitar el libelo la declaración sobre dominio y posesión en favor de la compañía emplea las referidas palabras "mejor derecho", pero este empleo no puede por sí solo cambiar la finalidad y naturaleza del juicio.

Claro es que quien demuestre ser dueño de algo, demuestra con ello tener mejor derecho que quien pretenda el mismo objeto de ese dominio. Pero no es esto a lo que mira el citado art. 66, el cual, repítese, se refiere a la adjudicación al emplear aquellas palabras. Textualmente dice: "mejor derecho a la adjudicación".

Además, si la demanda pide que el juzgador declare que el demandante tiene mejor derecho que los demandados "al dominio o propiedad y posesión de la mina.....", no puede entenderse que haya ejercitado a la vez las dos acciones de que se ha venido hablando, a saber: la del artículo 66 sobre mejor derecho a la adjudicación y la del artículo 382 sobre dominio. Esas acciones, en cuanto versen sobre una misma mina, son contradictorias, como no puede menos de reconocerse que tiene que serlo el haber ya adjudicación que en el juicio se pide se reconozca y respete, y el no haber aún adjudicación, por lo cual, en su caso, se contiende sobre cuál de las partes tienen mejor derecho a obtenerla.

Y si esto es así de suyo, con más veras tiene que reconocerse en juicio como el presente en que tan claramente se formula la petición de la demanda como queda trascrita y en que, a mayor abundamiento, no se aducen como hechos fundamentales sino los referidos tres: título de la compañía obtenido de quien lo tenía a perpetuidad; no abandono, imposibilidad de denunciarse por abandono o nuevo descubrimiento algo de lo comprendido dentro de la alinderación de las minas de que ella dice ser dueño.

Respecto de abandono es ya oportuno anotar aquí que el afirmado por los denunciantes no es el que corresponde a una mina que, después de titulada, viene a caer en la calidad de abandonada o desierta por el no pago del impuesto, sino el que tienen aquéllas que, no alcanzaron a titularse por la falta de aviso o alguna otra de las de que hablan las artículos citados para este efecto en el 341 del Código del ramo. Así, pues, no afirman ellos implícitamente, al hablar en su denuncia de mina abandonada, que la compañía hoy demandante o cualquiera otra persona o entidad tuviera en algún tiempo un título que caducó; no sugieren, por tanto, la existencia anterior de un título. Por el contrario, a todo lo largo del pleito han sostenido que su contrincante no tiene título y que no lo tuvo la compañía que fue tradente suyo. Simplemente reconocen un descubrimiento antiguo, y, afirmando que fue abandonado, proceden a denunciar.

La compañía, por su lado, al afirmar que tiene título, lo hace invocando el que le confirió su aludido tradente y en la demanda complementan la cita agregando que éste adquirió por el pago del impuesto correspondiente a veite años; pero guardándose de expresar que ese tradente suyo hubiera obtenido adjudicación de las varias minas o una siquiera de las que afirma que quedan invadidas o comprometidas por la alinderación de La Tosca. Y es de agregarse que sin que se adujera adjudicación alguna fue como trascurrieron ambas instancias y, por tanto se dictó la sentencia hoy recurrida.

Y la litis ha rodado sobre ese dominio: así la planteó el libelo, así se sostuvo en el curso de las instancias, así lo entendieron las partes mismas y el Juzgado y el Tribunal sentenciadores. Así, y no de otro modo, ha de entenderlo, por lo visto, la Corte.

Si duda alguna cupiera y no valiera a disiparla o, mejor dicho, a prevenirla desde luego la demanda misma, bastarían a esos respectos los conceptos mismos de los abogados de las partes litigantes en sus alegaciones ante el Tribunal, las que éste trascribe en lo pertinente en la sentencia recurrida, a fin de confirmar su concepto sobre cuál es la finalidad del litigio y de consiguiente su calidad. Ambos mandatarios declaran expresamente que éste versa sobre el dominio, que es lo que, repítese, dijo la compañía desde el libelo y aun desde las actuaciones que lo preludiaron.

No puede menos de advertir la Corte que si acaso hubiera incurrido el Tribunal en la equivocación que el recurrente le atribuye, ello habría motivado el cargo de errónea interpretación de la demanda, para deducir de ahí la violación del citado artículo 56, que, en tal evento, como se ve, no habría sido directa.

* * *

En cuanto al cargo relativo a la apreciación de los títulos, que pasa a estudiarse, cabe anotarse de antemano que el Tribunal no exonera de la carga de la prueba a la parte demandada respecto de afirmaciones que ésta haga de vicios o defectos en los de la compañía demandante, sino que acoge (el Tribunal) el reparo consistente en que la compañía no presentó lo que en derecho minero se entiende por título singularmente, exclusivamente.

El artículo 4º del Código de Minas dice que el dominio de las minas se adquiere o por adjudicación del poder ejecutivo o por cualquier medio traslativo conforme a las leyes comunes; pero sobre esto último agrega: "siempre que al primitivo enajenante se le hubiera expedido el correspondiente título, o que éste se obtenga conforme a las disposiciones del Capítulo 7º de la presente ley".

Rompe tal Capítulo VII el artículo 70, según el cual se entiende por título el expedido "por la autoridad competente al denunciante de una mina, para que pueda justificar con él que el Estado le ha cedido la posesión y propiedad de dicha mina", y agrega que se da también esa denominación a los que la tienen conforme al Código Civil; pero no sin advertir: "Con todo, no se dice que una mina es titulada sino cuando su goce está asegurado con el título de que habla el inciso 1º de este artículo".

Una y otra de estas dos disposiciones exigen de modo imperativo e inequívoco la concesión conferida por el Estado como clave o razón de ser de la existencia de un título. Nada de extraño o de bizarro, como dice el recurrente que encuentra, puede hallarse en los pertinentes conceptos del Tribunal, quien echa menos el título invocado por el demandante y se niega a tener por tal las comprobaciones presentadas por esa parte litigante, que, si abundantes, no contienen título conferido por el Estado, sin el cual todas ellas quedan desprovistas de la base que les diese asiento y vida.

Observa el Tribunal que la Compañía Minera de Santander no pudo dar como tradente lo que no tenía, según el artículo 752 del C. C., y que por lo tanto, al tener la actual demandante como punto de partida de sus comprobantes de dominio el traspaso que aquélla le hizo, no ha comprobado que lo que reputa minas suyas estén tituladas, esto es, que le pertenezcan. Añade que conservar implica haber previamente adquirido, y que los pagos, que miran a la conservación, no suplen el comprobante de la adquisición, que obligadamente ha de ser la adjudicación emanada del Estado, conferida por el Estado.

Esta adjudicación ha de ser la base sine qua non del dominio, el eslabón primero e indispensable en una cadena cuyos eslabones restantes bien pueden ser títulos entre particulares, de los que sirven a éstos para la trasmisión y las trasferencias de bienes. En habiendo aquel primer eslabón, aquella indispensable base primaria, caben legalmente esotros; pero en faltando aquél, esos otros elementos no valen. Salta a la vista y bien se comprende, sin necesidad de una advertencia rayana en la necedad, que se está hablando de minas y de título minero.

Las precedentes consideraciones justifican que el Tribunal se abstuviera de detallar en su fallo el estudio de los elementos probatorios restantes a que se ha aludido, al encontrar que faltaba esa condición primordial, que les diese entrada, y asiento, y vida. No es que él desestimara pruebas pertinentes y faltara al deber de estudiarlas: simplemente es, como las frases respectivas de su sentencia lo declaran, que ese estudio holgaría, por ese cabal motivo, acerca del cual diserta largamente.

Nótese que el recurrente acusa la sentencia, en lo tocante a títulos, sólo desde el concepto de acreditar éstos el dominio; nótese igualmente que la demanda no invoca como título de éste sino los pagos que determinaron redención a perpetuidad, sin mencionar siquiera una posible adjudicación previa y básica. Por otra parte, no debe olvidarse tampoco que lo que la ley erige en medio de conservar una mina no son pagos cualesquiera más o menos caprichosos, más o menos cuantiosos, más o menos continuos, sino precisa y exclusivamente los pagos hechos por mina previamente titulada. Así se halla claramente, no sólo en el espíritu del Código de Minas, sino en el texto mismo de sus disposiciones pertinentes, entre las cuales cabe citar los artículos 341, 146 y siguientes, en todos los cuales al hablar del impuesto se hace mención precisa del título o de la calidad de titulada en la mina a que aquél corresponda.

Interpretando la demanda en forma que abarca, en su sentir, ambas clases de juicios, dice el recurrente que la compañía se refirió a la vez tanto a la parte de sus minas pretendida por los denunciantes, en cuanto La Tosca invade sectores o porciones de aquéllas, como al resto de La Tosca, esto es, aquello en que esta mina no invade las de la Compañía. Así entiende justificar el recurrente su opinión de que la demanda ejercita a la vez ambas acciones: la de mejor derecho a que da lugar por lo último el artículo 66 y la de dominio a que, por lo primero, da lugar el 382.

Pero cabe observar que releyendo el libelo, no se encuentra esta dualidad, ni él planteó ni en el curso del juicio se ha ventilado nada sobre lo que como extensión de la mina La Tosca quedó fuera del perímetro de las minas de que la compañía sostiene tener título. La compañía se presenta aduciendo su calidad de dueño y, como hecho fundamental, su título de dominio sobre las minas aludidas. El derecho que, por estas declaraciones de su abogado recurrente, se colige que cree haber alegado sobre mayores extensiones que pudieron quedar comprometidas por la de La Tosca, no ha sido materia de esta controversia, ni se plantea siquiera en la demanda que la inicia, ni lugar hay, pues, a expresar concepto en este fallo sobre si tal derecho a mayores extensiones lo establece la ley.

Repítese que el mejor derecho cuya declaración solicita la compañía demandante es, no a la adjudicación sino al dominio. El derecho a adjudicación no figura en el pleito como pedimento de la demanda; figura sólo en forma negativa para los denunciantes: porque la compañía invoca su dominio y deduce de ahí que los denunciantes carecen de derecho a que se les adjudique la mina La Tosca, por abarcar, comprender o sobreponerse lo que denuncian con este nombre a lo que con otros nombres tiene ya con título la compañía, en su dominio, como propietaria. Esta ha sido la contienda, cuyo fundamento y cariz ha sido ese y no los que corresponderían a algo tan distinto como en su caso habría sido que se hubiera tratado de cuál de las dos partes litigantes puede obtener una adjudicación por hacerse; v. gr., la de todo aquello en que la extensión asignada por los denunciantes a La Tosca no comprometa lo comprendido, al decir de la compañía, por los linderos de esotras minas.

En suma: no se hallan los errores de apreciación de pruebas y de la demanda inicial que el recurrente apunta, ni se justifican sus cargos de violación de las disposiciones sustantivas que dice quebrantadas.

No puede, pues, prosperar el recurso.

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 pleito por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga el cuatro de julio de mil novecientos treinta y cuatro.

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 pd.

ACCION SOBRE DECLARACION DE EXISTENCIA DE UNA SERVIDUMBRE DE ACUEDUCTO Y ACCION DE CONDENA AL PAGO DE UNOS PERJUICIOS

El error de derecho en la apreciación de una prueba, a fin de que prospere, requiere ante todo que los artículos legales invocados impongan una fuerza probatoria a la prueba desestimada en la sentencia, o bien prive de eficacia a la que sirvió de fundamento especial para el fallo. Cuando se alega por error de hecho no basta oponer a la sentencia el criterio particular del recurrente, sino que se hace indispensable demostrar el error manifiesto padecido por el sentenciador.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil. Bogotá, abril treinta de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Juan Francisco Mújica)

Materia del pleito

El 12 de diciembre de 1928, ante el Juzgado 1º del Circuito de Tunja, Guillermo Gooding y María Paulina Gooding, como cónyuge supérstite aquél y heredera ésta de Rita Fonseca de Gooding, demandaron a Silvino Pinzón en su carácter de cónyuge sobreviviente de Visitación Velásquez, de cesionario de los derechos herenciales de José Pinzón en la sucesión de ésta y de representante legal de su hijo, el demandante Silvino Pinzón Velásquez, a Ana Rosa Pinzón de Barrera, a María Pinzón de Castro, casada, y a Héctor e Isabel Velásquez Pinzón, menores ambos, representados por su padre legítimo, Polo Velásquez.

Según el libelo, José Miguel Foseca, dueño de una finca en jurisdicción de Sotaquirá, construyó dos molinos para beneficiar el trigo, de los cuales el más alto topográficamente continúa denominándose "El Cedro".

Para el funcionamiento de ambas industrias, su dueño tomó aguas del río de Piedras y las condujo desde la bocatoma por un mismo cauce artificial, de manera que esas aguas, después de haber accionado el primero, son aprovechadas para mover el segundo de los molinos.

En 1875 se adjudicó a Rosa Romero de Fonseca, en el juicio de sucesión por causa de muerte de José Miguel Fonseca, la porción de la finca que comprendía el molino de "El Cedro", junto con la servidumbre pasiva de acueducto a favor del segundo de los molinos, cuyo dueño a la sazón era Eduardo Fonseca, por haberlo comprado a José Miguel. Eduardo Fonseca heredó de éste la porción de la finca adyacente al segundo de los molinos. Esta última heredad así formada, la adquirió Rita Fonseca de Gooding, a título de herencia.

Silvino Pinzón, durante su matrimonio con Visitación Velásquez, compró la finca de "El Cedro", por cuyo motivo es sucesor mediato, a título singular, de Rosa Romero de Fonseca en ese derecho de dominio.

Los demandados son los actuales poseedores de ese fundo, como copartícipes en el juicio de sucesión por causa de muerte de Visitación Velásquez de Pinzón, abierto en el Juzgado 3º del Circuito de Tunja.

José Miguel Fonseca también estableció, para el servicio doméstico de la casa de la hacienda, que de acuerdo con lo dicho se adjudicó luégo a Rita Fonseca de Gooding, un acueducto destinado a conducir una pluma de agua, la cual se tomaba del cauce principal en un punto de éste entre la bocatoma y el molino de "El Cedro". Esa pequeña acequia pasa por predio de los herederos de Ramón García antes de penetrar en la finca de los herederos de Rita Fonseca de Gooding.

Desde hace cinco años, Silvino Pinzón desvía parte de las aguas que se desprenden del río de Piedras, mueven el molino de "El Cedro" y siguen a accionar el de propiedad actual de los herederos de Rita Fonseca de Gooding, y obstruyó también la salida de la mencionada pluma de agua.

Por último, Silvino Pinzón horadó en varios lugares el cauce del acueducto principal e hizo dentro de la finca un canal paralelo a éste que recibe aquellas aguas, las cuales emplea en el riego de los potreros de "El Cedro" y otros usos.

Tales actos han lesionado el patrimonio de la sucesión de Rita Fonseca de Gooding, representada por los demandantes, e impiden el goce de ambas servidumbres de acueducto.

Suplican los demandantes se declare: a) Que la finca de "El Cedro", individualizada en el libelo, tiene el gravamen de una servidumbre constituída, tanto a título de destinación anterior como voluntaria, a favor del molino de propiedad de los herede-

ros de Rita Fonseca de Gooding, edificado dentro del fundo cuyos linderos se anotan en la demanda; b) Que esa servidumbre lleva consigo los medios legales necesarios para ejercerla; c) Que los demandados carecen de derecho para desviar o distraer, con fines de riego y otros usos, las aguas del referido acueducto; d) Que a cargo de la finca de "El Cedro" existe también una servidumbre de acueducto destinada al servicio doméstico de la casa del fundo de los herederos de Rita Fonseca de Gooding, servidumbre constituída a título de destinación anterior, y que, por consiguiente, los demandados están obligados a respetarla.

Finalmente piden los demandantes se condene a Silvino Pinzón a pagar a la herencia de Rita Fonseca de Gooding los perjuicios sufridos con ocasión de los mencionados actos, los cuales él ejecutó.

Por medio del mandatario que actúa en este recurso de casación, Silvino Pinzón, María Pinzón de Castro y los menores Héctor y Marina Isabel Velásquez Pinzón, contrademandaron. De los cargos formulados en esta demanda de reconvención, fueron absueltos los demandantes. Se prescinde de hacer la síntesis de ella, porque la sentencia del Tribunal no fue acusada por este extremo.

Sentencia recurrida

El 26 de septiembre de 1934, el Tribunal Superior de Tunja sentenció en el sentido de desestimar las excepciones perentorias de petición de modo indebido y de prescripción, propuestas por los demandados en la segunda instancia del juicio; de declarar, como interpretación a lo resuelto por el Juzgado, que el agua de las dos servidumbres de acueducto "están destinadas además para usos domésticos en las casas de "El Cedro"; y de resolver que el obligado a indemnizar los perjuicios, conforme a la correspondiente súplica de la demanda, es Silvino Pinzón, y no todos los demandados, interpretación esta última de que sería susceptible el fallo de primera instancia. En, lo demás, el Tribunal confirmó la sentencia del Juez, quien acogió las peticiones del libelo. Los perjuicios se determinarán, de acuerdo con la pauta dada por el Tribunal, en el juicio especial conducente.

Fundamentos del recurso

El recurrente acusa la Sentencia del Tribunal por los siguientes motivos:

1º "Haberse incurrido en nulidad, conforme al art. 448 del Código Judicial vigente".

María Pinzón de Castro no fue citada al juicio en la forma legal, no obstante que contra ella se enderezó también la demanda.

María Pinzón de Castro, mujer casada, debía tener autorización de su marido para comparecer en el juicio por sí o por medio de apoderado.

La notificación de la mujer casada era indispensable hacerla precisamente en presencia de su marido, porque de otra manera no se podría haber dado cumplimiento a los arts. 181, inciso 1º del Código Civil, y 310 del Código Judicial a la sazón vigente.

El Juzgado 1º del Circuito de Tunja así lo entendió, porque ordenó, al admitir la demanda, que las notificaciones de ella se hicieran: a los capaces, directamente; a los menores de edad y dementes, por medio de sus representantes legales; y a las mujeres casadas, en presencia de sus maridos. No otro es el sentido de la expresión usada en esa providencia judicial: "los inhábiles, a sus representantes legales mencionados o en presencia de éstos".

A María Pinzón de Castro "no se le hizo notificación ninguna, ni a ella directamente ni en presencia de su marido, cuestiones éstas que aparecen claramente demostradas en las diligencias de fechas 12 de julio de 1929 y 13 de julio siguiente (folios 28 y 28 v. del Cuaderno A.). Al señor José Castro se le hizo una notificación el citado 12 de julio sin que estuviera presente su esposa María Pinzón".

Además, está plenamente probada la falta de notificación a ella de la demanda con la nota de la Secretaría del Juzgado fechada el 13 de julio, en donde consta que María Pinzón de Castro, por motivos de salud, se hallaba ausente de la ciudad de Tunja.

El Tribunal considera que aun cuando María Pinzón de Castro no recibió en traslado la demanda, su apoderado contestó ésta e intervino en el pleito en nombre de ella.

La consecuencia jurídica de la afirmación del Tribunal es errada, porque el art. 323 del Código Judicial vigente en esa época, exigía la licencia del marido para el otorgamiento de un poder por parte de la mujer casada.

Para allanar la nulidad inicial de la falta de la notificación de la demanda, habría sido necesario que el poder que el 21 de agosto de 1929 confirió María Pinzón de Castro al abogado, estuviera autorizado por el marido de ella.

"Sería contrario a la moral y violatorio de la lógica jurídica que lo que es nulo desde el principio pudiera revalidarse por medios que la ley misma no admite".

"2º No estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes".

El Tribunal condenó a Silvino Pinzón a indemnizar los perjuicios que causó por haber desviado las aguas del acueducto.

La parte actora demandó a Silvino Pinzón, en su calidad de cónyuge supérstite de Visitación Velásquez y como cesionario de los derechos herenciales de José Pinzón Velásquez.

Se suplica en el numeral 7º del libelo la condena de Silvino Pinzón al pago de los perjuicios que sufrió la sucesión de Rita Foseca de Gooding por la desviación de las aguas de su servidumbre de acueducto.

Está demostrado, por el contexto mismo de la demanda, que los actores sabían que el fundo de "El Cedro" pertenece hoy a los herederos de Visitación Velásquez de Pinzón y a su ex-marido Silvino Pinzón, luego es claro que la referida petición del libelo "no podría entrañar en contra" de aquél "sino aquello que le correspondiera a prorrata, según sus derechos en 'El Cedro' vinculados a su mitad de gananciales y a la subrogación en la parte del heredero José Pinzón".

La falta, pues, de claridad, precisión y consonancia de la sentencia con la demanda y demás protensiones oportunamente deducidas por los litigantes, aparece de que el Tribunal, prescindiendo del "espíritu del art. 1411 del Código Civil", condenó a Silvino Pinzón en la totalidad de la obligación de resarcir el daño, y no en proporción a las cuotas que le correspondía, según las calidades a él asignadas por los demandantes.

Tampoco sería procedente argumentar que la obligación de indemnizar perjuicios es en este caso solidaria, ante todo porque a ello se opone el citado art. 1411 y luégo porque los demandantes, tácitamente, renunciaron la solidaridad al no hacer "reserva especial" de ella.

3º "Vilolación de la ley proveniente de apreciación errónea y de falta de apreciación de determinadas pruebas". En este capítulo el recurrente transcribe pasajes de los dictámenes periciales rendidos con ocasión de sendas inspecciones oculares llevadas a cabo por el Juzgado y el Tribunal, y cita como violados, por indebida aplicación, a consecuencia de errores de derecho en la apreciación de tales pruebas, los arts. 722 y 730 del Código Judicial.

Según los aludidos pasajes, el canal paralelo al acueducto principal, recibe las aguas que de un modo natural se infiltran de éste. Por lo tanto, no proviniendo el abastecimiento de aquel canal de la obra del hombre, falta la circunstancia necesaria para hacer imputable a Silvino Pinzón el daño causado. Sin aquel canal las infiltraciones de agua seguirían siendo las mismas. La construcción de él se hizo indispensable, porque, debido a sus defectos, el acueducto constituía, para el fundo sirviente, un constante peligro posible de evitar.

Desde la salida del molino de "El Cedro" hasta cuando entran al predio de los herederos de Rita Fonseca de Gooding, las aguas del acueducto no disminuyen, y las pruebas de la parte actora tienden a establecer que la desviación de aquéllas se verifica en el trayecto comprendido entre la bocatoma y el citado molino. Si a esta circunstancia se añade la de que la capacidad del acueducto no es igual en toda su extensión, porque según el aforo pericial de las aguas, aquél sólo puede contener a la salida del molino de "El Cedro", tercera parte de las que se toman del río de Piedras, es necesario concluír que los demandantes, para establecer la existencia de un daño, han debido probar una pérdida de agua superior a las dos terceras partes del volumen total. Todo lo cual resalta nítidamente si se tiene en cuenta que las aguas recibidas por el predio dominante son, de acuerdo con lo dicho, iguales en cantidad a las que resultan suficientes para mover el molino de "El Cedro".

Aparece de la inspección ocular que se efectuó durante la segunda instancia del pleito, que el molino de los herederos de Rita Fonseca de Gooding no prestaba servicio, debido a su mal estado de conservación. No fue, pues, por la imposibilidad de usar de acueducto, sino por el abandono de sus dueños, por lo que el molino no funciona. Además, Silvino Pinzón perfeccionó y modernizó el suyo, a causa de lo cual consume mucho menos fuerza motriz, y como de acuerdo con la destinación original del acueducto hecha por José Miguel Fonseca, la servidumbre está estrechamente relacionada con los dos molinos, puesto que el segundo debe moverse con el agua sobrante del primero, el Tribunal apreció en derecho erróneamente la prueba al decretar como lo hizo resarcimiento de un daño que no ha podido ser causado por Silvino Pinzón, sino

que proviene de la culpa de los herederos de Rita Fonseca de Gooding, tanto por su descuido en la conservación material del molino, como por no haberle hecho las mismas refacciones que se llevaron a cabo en el de "El Cedro".

El fallo se dictó principalmente con base en los conceptos periciales e inspecciones oculares mencionados. A ninguna de esas diligencias se le dio su valor jurídico integral, ni respecto de ellas se hicieron las observaciones pertinentes.

Motivos

El primero de los cargos se desestima, porque el recurrente lo apoya en la inexistencia de un hecho que sí está consumado. En efecto, al folio 30 del cuaderno A, se lee: "En Tunja, a 16 de agosto de 1929, notifiqué por medio del señor Alcibíades Ortega, escribiente del Juzgado, a la señora María Pinzón de Castro, los autos de fechas 8 de agosto y 12 de diciembre de 1928 y los de 26 de abril, 10 y 21 de mayo y 5 de julio último y le corrí el traslado ordenado, por el término de cinco días, impuesta firma, quedando los autos en su poder, en 29 fs. (Fdos.) María Pinzón de Castro, Alcibíades Ortega, C. Cárdenas M., Srio".

En la misma página, a continuación de aquella diligencia, María Pinzón de Castro solicita al Juez, con fecha 21 de agosto de 1929, ordene el avalúo de la cuantía de la acción, y al pie de ese memorial la Secretaría del Juzgado anota: "Devuelto por la señora María Pinzón de Castro, hoy 21 de agosto de 1929, irá al despacho cuando haya papel sellado para la actuación".

Por lo demás, la notificación a la mujer casada en presencia de su marido, consistía, para los fines procesales, en poner primero en conocimiento de éste la actuación judicial respectiva.

2º En la demanda se ejercitaron dos acciones, la una declarativa respecto de la existencia de la servidumbre de acueducto y de las obligaciones que ésta conlleva a cargo de los dueños del predio sirviente, y la otra de condena, encaminada a obtener de Silvino Pinzón la indemnización de los perjuicios que ocasionó por haber impedido el servicio de tal servidumbre.

El Tribunal estimó la acción de condena de conformidad con la correspondiente súplica de la demanda y de los hechos en que ella se apoyó.

Por lo tanto, la causal invocada no es procedente. Ha debido ser acusada la sentencia como violadora de ley substantiva, a consecuencia de error de hecho en la interpretación de la demanda.

Se advierte sí que ni aun en tal supuesto prosperaría el recurso, porque al tenor de la referida súplica de condena y de los hechos que la sustentan, la acción se enderezó contra Silvino Pinzón, personalmente aun cuando no se empleó esta última palabra, porque ello hubiera sido redundante.

3º El error de derecho en la apreciación de la prueba, a fin de que prospere, requiere ante todo que los artículos legales invocados impongan una fuerza probatoria a la prueba desestimada en la sentencia, o bien priven de eficacia a la que sirvió de fundamento esencial para el fallo.

Los arts. 722 y 730 del C. Judicial son, para este caso, inoperantes en casación, a causa de que únicamente regulan la fijación procesal de la verdad. Tales artículos no imponen al juez pauta para apreciar la prueba en determinado sentido, porque ello sería constreñirlo a alterar la convicción que él se forma sobre el hecho discutido, teniendo en cuenta los requisitos que esos preceptos exigen para que, verificados, el hecho extremo lo estime plenamente probado.

En la hipótesis de error de hecho, es necesario tener presente que cuando se combate el criterio jurídico de un Tribunal, no basta oponerle, como lo ha hecho el recurrente, el criterio particular suyo, sino que se hace indispensable demostrar el error manifiesto padecido por el sentenciador.

El Tribunal ordenó su juicio libremente, mediante la apreciación conjunta de todas las pruebas aducidas en el proceso y no sólo de pasajes aislados de los dictámenes periciales, porque a ello mal podría estar obligado. Fue después de haber así formado su convicción, acerca de los hechos del pleito, cuando el Tribunal dio a las diligencias de inspección ocular y a los dictámenes periciales, la fuerza legal que indican las normas citadas por el recurrente.

Aun cuando lo dicho es suficiente para desestimar el cargo así formulado por el recurrente, se observa, a fin de no dejar lugar a dudas; tanto el Juzgado como el Tribunal hicieron constar en las respectivas diligencias de inspección ocular que el cauce principal del acueducto presentaba varias horadaciones artificiales por donde el agua escapaba al canal paralelo a aquél, construído por Silvino Pinzón.

Del hecho pertinente de la demanda, no aparece la aseveración que atribuye el recurrente a los demandantes acerca de que el

canal que hizo Silvino Pinzón, paralelo al acueducto, lo fuera sólo en el trayecto comprendido entre la bocatoma y el molino de El Cedro. Además, con las citadas inspecciones oculares, se demostró lo contrario.

La circunstancia de que el segundo de los molinos se mueva con el agua sobrante del primero, no autoriza al dueño del predio sirviente para disminuir la cantidad de aquélla, si logra hacer funcionar el suyo con menos fuerza motriz de la destinada para tal fin cuando quedó constituída la servidumbre.

El Tribunal condenó a Silvino Pinzón a pagar los perjuicios provenientes de haber empleado para el riego de la finca de El Cedro y para otros usos distintos de los domésticos, el agua destinada a mover el molino del predio dominante, y dejó sentado que al estimar esos perjuicios, debía tenerse en cuenta que la responsabilidad civil de Pinzón era sólo parcial, a causa de que "sobre él no pueden recaer los efectos de la competencia suscitada por las mejoras que introdujo en su molino, ni las consecuencias provenientes del abandono en que Guillermo Gooding y sus hijos dejaron el suyo".

Ahora bien. Como en esta última parte de su acusación el recurrente tiende a demostrar que el hecho de Pinzón no causó daños porque fue concurrente con el abandono por los Gooding de su molino y por la competencia comercial de éste, la Corte se limita a aclarar la manera cómo el Tribunal ordenó la fijación de los perjuicios en el sentido de que la responsabilidad civil de Pinzón no es parcial sino absoluta, pero esta calidad de absoluta se extingue desde el día en que concurrieron con su culpa los Gooding por el abandono o descuido de su molino, o en que la competencia de otros molinos, sea el mismo de Pinzón, sea otro u otros cualesquiera, habrían determinado por sí naturalmente la falta de funcionamiento útil de aquél. Los peritos fijarán el alcance del descuido, el del abandono y el de la competencia.

Resolución.

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, no casa la sentencia que el 26 de septiembre de 1934 profirió el Tribunal Superior de Tunja en este juicio ordinario y condena en costas al recurrente.

Cópiese, publíquese, notifíquese e insértese en la GACETA JUDICIAL.

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

REIVINDICACION—DERECHO DE RETENCION

La doctrina francesa sobre derecho de retención, extendida a casos no previstos en el Código Civil, es inadmisible ante el texto claro del artículo 2417 del Código Civil colombiano, ante el cual, "no se podrá retener una cosa del deudor 'en seguridad de la deuda', sin su consentimiento; excepto en los casos que las leyes señalan". Tales casos son los designados en los artículos 859, 947, 970, 1882, 1996, 2000, 2188, 2207, 2218, 2258, 2265, 2272, 2421, 2428, 2429, 2463 y 2497, principalmente, del Código Civil. El artículo 970 del C. C., no da al poseedor vencido el derecho de retención sino por el saldo que tenga que reclamar en razón de expensas y mejoras; fuera del crédito por el saldo que así proviene, no puede autorizarse la retención de la cosa en desarrollo de la "exceptio non adimpleti contractus", so pena de violar la disposición contenida en el art. 2417 del mismo código. Al decretarse la restitución de un cuerpo cierto por razón del dominio que se reconoce al actor, no hay necesidad de resolver expresamente, como punto de previo y especial pronunciamiento que el poseedor o tenedor vencido tenga o no tenga derecho a retener la cosa, a menos que la retención haya sido materia de acción negatoria por parte del demandante o de expresa alegación o contrademanda por parte del tenedor o poseedor demandado.

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

Magistrado ponente: Dr. Antonio Rocha)

Hechos

Hermenegildo García R. (el día en que contestó la demanda), ocupaba un globo de terreno (desde octubre de 1923), parte de otro de mayor extensión y de propiedad de Guillermo Arana C., situado en el paraje denominado Los Planes, en jurisdicción del municipio de Pereira, de donde aquellos son vecinos.

Arana demandó a García para que se declare que el globo mayor de terreno es de su propiedad, conforme reza la escritura Nº 294, otorgada en Cartago el 25 de agosto de 1898, debidamente registrada, y para que en consecuencia se condene a García a entregarle el lote, que dentro de aquel ocupaba y a pagarle los frutos naturales y civiles que el lote le había producido desde octubre de 1923, estimados por peritos, hasta el día del pago, y las costas del juicio.

El demandado García contestó manifestando que es verdad que desde octubre de 1923 ocupa un lote de terreno de propiedad del demandante Arana, pero no con ánimo de dueño, y aunque cree que sea el mismo que Arana trata de reivindicar, no lo afirma. Cuenta además García el motivo por el cual ocupa el predio, a saber: por habérselo entregado el mismo Arana en virtud de una promesa de venta celebrada entre ellos por documento privado de fecha 18 de octubre de 1923, por valor o precio de $ 1,500,00 que García le pagó al contado a Arana, pero que éste no le hizo la escritura de venta en la época prefijada en la promesa, por lo cual hubo de ejecutarlo después García, dando por resuelto el contrato de promesa, y exigiéndole no sólo el reintegro del precio que pagó, sino también los perjuicios que García sufrió por el incumplimiento (en total $ 4,500.00); dice además García que en ese juicio ejecutivo Arana denunció para el pago el terreno, y que él, García, no le desconoce a Arana el derecho de dominio que invoca, pero que se opone a la reivindicación y alega la buena fe de su ocupación.

El Juez del Circuito de Pereira reconoció a Arana el dominio del predio y condenó a García a devolvérselo en el término de tres días posteriores a la ejecutoria del fallo, con derecho a que se le abone a Arana el valor de las mejoras útiles puestas por García, y consideró a éste tenedor de buena fe para efecto del pago de frutos desde la contestación de la demanda, que debían liquidarse conforme al artículo 553 del C. J. En cuanto a las costas de la instancia, las decretó a cargo de García.

Por apelación de ambas partes subió el negocio al Tribunal.

El fallo acusado

Es de fecha 2 de abril de 1935. El Tribunal Superior de Pereira considera que es el caso de confirmar la orden de restitución del terreno, pero de manera condicio-

nal, es decir, dándole a García el derecho de retención mientras Arana no le haya pagado $ 4.500.00 que García le cobra ejecutivamente por virtud de la resolución del contrato de promesa de venta del terreno que Arana no cumplió. Estima que la retención no se refiere a las mejoras, porque García no alegó ni comprobó la existencia de ellas, pero que en cambio sí es procedente que García retenga la finca mientras Arana no le pague el importe del juicio ejecutivo (cuatro mil quinientos pesos).

Estima el Tribunal, siguiendo la doctrina francesa, que el derecho de retención no puede limitarse a los casos en que la ley lo establece, porque ellos son enunciativos y no restrictivos, y se sobreentiende la consagración de un principio; que ese derecho puede decretarse por los jueces cuando el crédito ha tenido su origen con ocasión de la cosa retenida por el acreedor, sin dolo ni mala fe; que el derecho de retención es uno de los aspectos del fenómeno de la compensación, o sea de la facultad que la ley concede a un deudor para retener lo que debe como seguridad del pago de lo que es debido.

En consecuencia, el Tribunal confirma el fallo del juez en cuanto reconoce el dominio a favor de Arana, pero lo revoca en cuanto a las condiciones de restitución y en su lugar dispone:

"3º Hermenegildo García queda obligado a entregar a Guillermo Arana el terreno a que alude el ordinal 2º de la sentencia de primera instancia, dentro de los tres días siguientes al en que demuestre Arana haber quedado satisfechas las obligaciones que García le cobra en el juicio ejecutivo que entre los dos se ventila ante los jueces del Circuito de Pereira;

"4º El demandado García debe pagar al demandante Arana los frutos naturales y civiles del terreno, que perciba o haya percibido después de que Arana le haya satisfecho la obligación a que se alude en el punto anterior, y no solamente los percibidos sino los que su dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia o actividad teniendo la cosa en su poder. La liquidación de tales frutos se hará de acuerdo con el art. 553 del Código Judicial. Sin costas".

Materia de la casación

Como la sentencia reconoce el dominio al actor y ordena al demandado García que restituya el terreno en los términos ya anotados, y éste no recurre en casación, no son materia del recurso aquellos dos puntos propios de la acción reivindicatoria, con los cuales se conforma el demandado. Sólo es materia del recurso lo referente al derecho de retención.

El recurso de casación

El apoderado de Arana ante la Corte ataca por varios conceptos el fallo, ya por motivos dentro de la causal 1ª del art. 520, ya por la causal 2ª, o sea por incongruencia. La Corte empieza su estudio escogiendo los motivos 4º y 6º de la demanda de casación.

Violación del artículo 970 del C. C.

Dice el recurrente que al considerar el Tribunal que podía conceder al demandado García el derecho de retención en la forma que lo hizo en los numerales 3º y 4º de la sentencia, mientras se le paga por el demandante Arana, no el valor de expensas y mejoras que le den derecho a indemnización, sino obligaciones personales distintas que cobra en el juicio ejecutivo que sigue contra Arana ante los jueces de circuito, interpretó erróneamente el art. 970 del C. C. y lo aplicó indebidamente. Explica el concepto en que el artículo fue violado, diciendo:

"La retención no es sino la facultad excepcional concedida por la ley al que tiene una cosa ajena para no dejarla salir de su poder hasta el momento en que se le paguen o aseguren a satisfacción los gastos que haya hecho en la conservación de la cosa. Los casos en que se puede ejercer el derecho de retención son varios y en el título de revindicación lo concede nuestro Código Civil al poseedor evicto, como consecuencia de las prestaciones mutuas, pero limitado únicamente a buscar la seguridad por el saldo que en razón de expensas y mejoras tenga que reclamar el poseedor contra el dueño".

Violación del 2417 ibídem

Agrega que al decir el Tribunal en el numeral 3º del fallo que García queda obligado a devolver el terreno a Arana tres días después de que éste haya cumplido las obligaciones que García le cobra en juicio ejecutivo, creó una nueva clase de retención

en la legislación nacional, retención oficiosa, porque no existe vínculo entre las pretensiones de la demanda de reivindicación y las acciones que García pueda derivar de la promesa de contrato incumplida. Que la retención decretada a favor de García equivale sencillamente a otorgarle una garantía para la seguridad del pago de una obligación que no ha sido materia de la controversia en este litigio: equivale a retener una cosa contra la voluntad de su dueño, contra la voluntad del deudor. Y el art. 2417 del Código Civil dice que no se podrá retener una cosa del deudor en seguridad de la deuda, sin su consentimiento, excepto en los casos que las leyes expresamente designan. Que el Tribunal violó directamente esta disposición, porque de haberla aplicado no habría decretado la retención.

Causal de incongruencia

Le imputa también el recurrente al fallo una incongruencia entre lo pedido y lo fallado, porque no habiéndose alegado ni demandado la retención, sin embargo la decreta, y no circunscrita al art. 970 del Código Civil, sino a una deuda distinta de la de pago y abono de expensas y mejoras.

Estudio de los cargos

Considera la Corte:

Evidentemente la tesis del Tribunal es una inmediata y directa aplicación al caso del pleito de la doctrina francesa sobre el derecho de retención, sin restricciones de ninguna clase, como se advierte del siguiente paso de la sentencia:

"Pudiera argüirse que el derecho de retención no puede extenderse a casos distintos de los establecidos en los textos legales, pero es lo cierto que en éstos las características son de institución general, sobreentendiendo el legislador la consagración de su principio; y por consiguiente, que las disposiciones que lo contienen son de carácter enunciativo y no restrictivo".

Así, es, en efecto, de amplia la extensión que la doctrina y la jurisprudencia francesa le dan a ese derecho, y en los mismos términos que emplea el Tribunal la enuncian los expositores Colin y Capitant, citados en el fallo. En efecto, estos autores, al resolver la cuestión de si el derecho de retención puede aplicarse en casos distintos de los que consagran los textos legales, o, en otras palabras, de si el derecho de retención puede concederse a ciertos acreedores a quienes la ley no se lo otorga formalmente, dicen:

"Hoy día ya no se pone en tela de juicio que los textos del código relativos al derecho de retención tienen un alcance enunciativo y no restrictivo, que son aplicaciones de una institución general de la que el código ha cometido el error de sobreentender la consagración del principio, pero de los que toca al intérprete asegurar el funcionamiento en todas las hipótesis en que así lo ordenen los principios generales de nuestro derecho". (Curso de Derecho Civil, tomo V. Editorial Reus, Madrid, 1925, página 121).

Para el intérprete del derecho colombiano en realidad es sugestiva la extensión de la doctrina y de la jurisprudencia francesas, por ser común a ambas el origen de legislación, uno mismo el fundamento y características del derecho de que se trata, y la coincidencia de aplicaciones a casos particulares en los códigos colombiano y francés. De la observación de esos casos no se advierte que sean la consagración de un solo principio, pero sí de varios en que pueden agruparse.

Por ejemplo, el derecho de retención es convencional, cuando el contrato la constituye a favor del acreedor, en los casos de prenda y de anticresis (arts. 2421, 2463 y 2467 del C. C. colombiano; 2082 y 2087 del francés.) O lo concede la ley en desarrollo de la exceptio non adimpleti contractus, en consideración a la interdependencia de las obligaciones recíprocas entre partes ligadas por un convenio sinalagmático, a favor de la parte que en el desarrollo del contrato hubo de hacer gastos o inversiones no siempre previstas allí expresamente pero sí de contenido tácito (contrato de depósito, arts. 2258 y 2259 del C. C. colombiano y 1948 del francés); o lo concede la ley, fuera ya de todo vínculo contractual entre el dueño de la cosa y el retenedor, cuando hay debitum cum re junctum, es decir, siempre que el crédito haya tenido su origen con ocasión de la cosa retenida, como en el caso del comprador en feria, tienda, almacén u otro establecimiento industrial, de cosa a non domino, quien no está obligado a restituirla si no se le reembolsa lo que haya dado por ella y gastado en repararla o mejorarla (art. 947 del C. C. colombiano y 2280 del francés).

Con no menos propiedad pero con más precisión que el ejemplo anterior, el art. 970 del Código Civil colombiano consagra un caso en que el derecho de retención es

un desarrollo inmediato del principio debitum cum re junctum, pues sin mediar contrato entre el poseedor o el tenedor vencido y el verus dominus que reivindica, aquél puede oponerle a éste el derecho de retención como un medio para hacerse pagar el valor de las expensas y mejoras hechas por él en el inmueble con ocasión de la cosa retenida.

El Tribunal, en el fallo acusado, oficiosamente concedió el derecho de retención a favor del tenedor vencido, no por las expensas y mejoras a que expresamente se refiere el mencionado artículo 970 del Código Civil, sino por razón de otro crédito a favor del demandado, procedente del incumplimiento de una promesa de venta del inmueble de que se trata, crédito que por separado le cobra ejecutivamente el tenedor al promitente vendedor, después de haber dado por resuelto el contrato de promesa y en donde, según constancias de autos, ha sido embargado el inmueble materia de la promesa en una extensión mayor.

Como el Tribunal concedió al tenedor vencido el derecho de retención, no en virtud de las expensas y mejoras sino de un crédito de origen distinto existente entre las mismas partes, es claro que lo hizo en desarrollo de la exceptio non adimpleti contractus y no en el de debitum cum re junctum, como lo estima el Tribunal. El Tribunal reconoció el derecho de retención en el caso de que existía una simple reunión, en cabeza de una misma persona, de un crédito contra el propietario, derivado de un contrato anterior, y de una obligación de restitución para con ese mismo propietario.

Tal extensión de la doctrina es inadmisible ante el texto claro del artículo 2417 del C. C., al tenor del cual "no se podrá retener una cosa del deudor en seguridad de la deuda, sin su consentimiento; excepto en los casos que las leyes expresamente designan". Tales casos son los designados en los artículos 859, 947, 970, 1832, 1995, 2000, 2188, 2207, 2218, 2258, 2265, 2272, 2277, 2421, 2426, 2429, 2463 y 2497, principalmente, del Código Civil.

De éstos, el único en que el acreedor, siempre que sea prendario, puede retener después de satisfecho el crédito la cosa que ha recibido en prenda para asegurar otros créditos contra el mismo deudor, es el designado por el art. 2426, con tal que se reúnan los tres requisitos que allí se indican.

Pero el art. 970 del C. C. no da al poseedor vencido el derecho de retención sino por el saldo que tenga que reclamar en razón de expensas y mejoras; fuera del crédito por el saldo que así provisne, no puede autorizarse la retención de la cosa en desarrollo de la exceptio non adimpleti contractus, so pena de violar la disposición contenida en el art. 2417 del mismo código.

El Tribunal sentenciador, al conceder la retención al tenedor vencido alegando que existía debitum cum re junctum, aunque, como se ha visto, realmente desarrolló la exceptio non adimpleti contractus, violó, por falta de aplicación, el art. 2417 del C. C., conforme al cual no se le puede dar al derecho de retención la extensión que sí tiene según la doctrina francesa.

No obstante que la anterior exposición que hace la Corte es suficiente para sustentar la casación del fallo, como el Tribunal, al aplicar el derecho de retención como institucional se apoya en forma expresa en la opinión de un comentador francés, estima la Corte que es oportuno y aun necesario exponer por su parte tal doctrina, pero en toda su integridad, e historiar la evolución que en Francia ha sufrido en los últimos tiempos, poniéndola al día. Ese desarrollo ha sido el siguiente:

Primer sistema: El derecho de retención no se aplica sino en los casos expresamente previstos por los textos y en la medida que ellos fijan. Laurent-Mourton-Pont-Larombiére (Laurent, Principios de Derecho Civil Francés, tomo III, Nos. 284, 285, 293, 294).

Segundo sistema: El derecho de retención existe fuera de los textos expresos de la ley bajo una doble condición: 1º Que el crédito del retenedor tenga conexión con la cosa retenida; 2º Que la retención se refiera a una convención, o, al menos, a un cuasicontrato, y que la deuda, conexa a la cosa detenida haya nacido con ocasión de esta convención o de este cuasicontrato. (Aubry y Rau, Cours de Droit Civil Francais, tomo III, Nº 256 bis).

Tercer sistema: Deja al poder discrecional del juez el cuidado de conceder o de rehusar el derecho de retención, a falta de un vínculo contractual entre las partes. (Demolombe, Cours de Code Napoleón, tomo IX, Nº 682).

Cuarto sistema: Admite el derecho de retención con la sola condición de que haya conexión entre el crédito y la posesión de la cosa, y aunque haya o no entre las partes un vínculo contractual o cuasicontractual. (Guillouard, Traité du Droit de Retention, Nº 5 y ss.).

Josserand: Cours de Droit Positif Francais, 2ª edición, tomo II, Nº 1648 y ss., al hablar sobre la extensión de la aplicación

de este derecho —oponible a terceros, existe erga omnes, es su tesis— y de notar que la consagran los artículos 1612, 1653, 1673, 545, 1749, 1948, 867 y 2280, se pregunta si en presencia de estas soluciones especiales es preciso atenerse sólo a ellas o bien considerarlas como indicadoras de un principio general, y resuelve que debe buscarse un denominador común para todos los casos, denominador común que para él es la noción del **debitum cum re junctum.**

Los otros autores son menos precisos y se contentan con anotar el estado de la doctrina y de la jurisprudencia, o se pronuncian en una forma en extremo dubitativa sobre las concepciones que desean ver adoptadas por la jurisprudencia, sin dar la impresión de creerlo precisamente así. (Colin y Capitant, tomo II, página 777; Planiol y Ripert, Tratado Elemental, tomo II, Nº 2515; Planiol Ripert Esmein, Bocque, Tratado Práctico, tomo VI, Nº 444, tomo XII, Nº 109. Sobre estos sistemas ver el suplemento al tratado de Baudry-Lacantinerie, por Bonnecasse, tomo V, páginas 589 a 652), y especialmente el autor y su obra, a que en seguida se refiere la Corte. Finalmente este último autor, Bonnecasse, Précis de Droit Civil, tomo II, 1934, Librería Rousseau, número 93, propone la fórmula siguiente: "La existencia del derecho de retención es independiente tanto de la excepción **non adimpleti contractus** y de todo vínculo contractual o cuasicontractual entre las partes, como de la noción del **debitum cum re junctam**; hay derecho de retención cada vez que un acreedor se encuentra provisto del control o señorío (mainrise), material sobre una cosa que pertenece a su deudor, bajo reserva de un texto contrario, o como también de la hipoteca, o que la cosa haya llegado a manos del acreedor por vías ilícitas y principalmente por la violencia".

Colin y Capitant afirman, en cambio, que "ningún autor ha sostenido que existe el derecho de retención en el caso de simple reunión en cabeza de una misma persona, de un crédito contra el propietario proveniente de un contrato anterior y de una obligación de restitución para con ese mismo propietario" (obra citada).

La doctrina francesa ha podido evolucionar en esa forma, que encuentra su máxima aspiración en la fórmula de Bonnecasse, porque el legislador francés no limita la interpretación de la doctrina en la forma tan concluyente como se pronuncia el legislador colombiano, en el artículo 2417 del Código Civil, en virtud del cual hay que tener por cierto que el derecho de retención en materias civiles no existe como regla general.

Comoquiera que el artículo 2417 de nuestro Código Civil se halla colocado en el título relativo al contrato de prenda, pudiera pensarse en interpretar su segundo inciso en el sentido de que la cosa del deudor no se pueda retener como prenda, sin su consentimiento, es decir que la retención no se limite a una simple seguridad de la deuda, pero que no pueda el acreedor hacer con ella todo aquello que sí puede hacer con las cosas que tiene en prenda por razón de contrato, tal, por ejemplo, hacerla vender en pública subasta (art. 2422 del C. C.), y objeto de exclusión y de preferencia a su favor en caso de concurso. Pero esta interpretación del art. 2417, equitativa y deseable, no es posible porque a ella se opone terminantemente la clara historia legislativa del artículo en cuestión. En efecto ese fue primitivamente el espíritu con que los redactores de nuestro código concibieron el artículo; pero la proposición no fue acogida, sino que, al contrario, fue desechada y en cambio se redactó y aprobó en definitiva el texto opuesto que hoy rige.

En el proyecto del Código Civil chileno ese precepto correspondía al artículo 2559, que decía así: "Se podrá retener una cosa del deudor como prenda, aun contra su voluntad, si la deuda fuere cierta y líquida, salvo en los casos especialmente exceptuados". La comisión sustituyó esa fórmula por la que en sentido contrario fue adoptada y que es exactamente el artículo 2417 del Código Civil colombiano, idéntico al 2392 del civil chileno y que vino a ser el 2495 del Código Civil del Estado Soberano de Cundinamarca. En vista de estos antecedentes y de la realidad del precepto positivo, concluye la Corte que entre nosotros el derecho de retención no existe como principio general o institucional sino como casos de excepción cuando la ley expresamente lo consagra.

Y que el Tribunal Superior de Pereira violó la letra y el espíritu del acotado artículo. El cargo del recurrente en casación es nítido y bien encaminado.

Antes de dictar la sentencia de instancia es preciso advertir que el vínculo contractual emanado de la promesa de venta por parte de Arana y a favor de García, está roto, porque, según pruebas superabundantes que obran en los autos, éste prescindió

de él al escoger la acción de indemnización de perjuicios, entre los cuales se incluye la devolución del precio que pagó por la promesa y demandar, como demandó, ejecutivamente, a Arana, por el monto total de tales perjuicios, estimados por él en cuatro mil quinientos pesos, por cuyo valor prosperó la ejecución y obtuvo García el embargo no sólo de la finca que fue materia de la promesa, sino de una de mayor extensión.

Corresponde, pues, a la Corte, infirmar la sentencia, y dictar la que ha de reemplazar lo resuelto en los numerales 3º y 4º del fallo, cuya casación es el fin del recurso; en cuanto a los numerales 1º y 2º, en que ella confirma los del fallo del Juzgado, el primero de los cuales se limita a declarar no probadas las excepciones propuestas por el demandado y el segundo a reconocer el dominio del actor sobre el lote materia de la revindicación, quedan en firme, porque ellos no fueron materia del recurso, y porque el demandado, a quien perjudican, no recurrió contra la sentencia del Tribunal.

Asimismo está ejecutoriada la orden de restitución o entrega del inmueble, pero como el Tribunal la condicionó tan íntimamente a la retención a favor del tenedor, se hace necesario estatuír por separado sobre la entrega y determinar lo concerniente a prestaciones mutuas; a ello se reduce la sentencia de instancia.

En desarrollo de la doctrina consagrada por los artículos 768 y 769 del código civil, no puede menos de considerarse de buena fe a la persona que es tenedora de una finca por haberla recibido de manos del verdadero dueño, es decir, con plena y deliberada voluntad, en virtud de un contrato de promesa de venta, aunque después, por cualquier motivo, el prometente vendedor no haya cumplido con la obligación de otorgarle la escritura de venta. En este caso, además, el comprador había pagado el precio. Se resolverá, de consiguiente, que en la restitución o entrega se considere al demandado —tenedor vencido— como de buena fe, con los derechos y obligaciones de tal, y para ello basta confirmar el fallo del Juez de primera instancia, que así lo resolvió.

Para prevenir una duda en la ejecución de este fallo, conviene una aclaración relativa a un pasaje de la sentencia infirmada. El Tribunal, así como fue amplio en otorgar oficiosamente el derecho de retención a favor del demandado por razón de un crédito que era materia de otro litigio entre las mismas partes, desconoció, también oficiosamente, el derecho en cuestión a favor del tenedor vencido en cuanto a expensas y mejoras, es decir, precisamente al caso previsto por el artículo 970 del código civil. El Tribunal da como razón que el tenedor demandado ni alegó ni probó que hubiera hecho en la finca mejoras útiles.

Aunque el demandado no recurrió en casación contra el fallo que tal cosa previene en su perjuicio, la prevención no queda vigente, porque nada se dispuso en la parte resolutiva, que es la infirmada por la Corte. La Corte considera que al decretarse la restitución de un cuerpo cierto por razón del dominio que se reconoce al actor, no hay necesidad de resolver expresamente, como punto de previo y especial pronunciamiento, que el poseedor o tenedor vencido tenga o no tenga derecho a retener la cosa, a menos que la retención haya sido materia de acción negatoria por parte del demandante o de expresa alegación o contrademanda por parte del tenedor o poseedor demandado. La sentencia que decreta la reivindicación y resuelve sobre las prestaciones mutuas consiguientes a la entrega, deja determinadas ciertas cuestiones que luégo, al ejecutarse el fallo, dan lugar a que el tenedor o poseedor alegue ante el Juez ejecutor el derecho de retención mientras se le paga el valor de las expensas y mejoras o se le asegura el pago; y que esas mejoras existan es cuestión de hecho que sin dificultad se advierte por el Juez sobre el terreno al ejecutarse el fallo. Con motivo de éste surge el derecho y la ocasión de la retención, pero este derecho no es de la esencia de la acción reivindicatoria. No había por qué determinarlo, no habiendo sido puesto sub-judice por el actor ni por el reo. Y ya se dijo que —además— el Tribunal se limitó a hacer la consideración en la parte motiva, pero no en la resolutiva.

Y como la sentencia del Juez de primera instancia llega a estas mismas conclusiones, será confirmada por la Corte, menos en lo relativo a costas, porque la reconocida buena fe con que retenía el demandado la finca al tiempo de la demanda, excluye la temeridad de la defensa.

En consecuencia, 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 Pereira,

de fecha 2 de abril de 1935, dejándola en firme en cuanto ella confirma los numerales 1º y 2º de la sentencia de primera instancia y para reemplazar la parte materia de la casación confirma los ordinales 3º y 4º de la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia. No hay condenación en costas.

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

El hecho de que en un momento dado esté agrupado en una sola finca lo que antes fueron dos o más lotes distintos, segregados de predios diversos, no es óbice, cuando aquel conjunto está ya formado, para reconocer que éste constituye una finca. Para que una finca cualquiera pueda ser reivindicada no es preciso que la alinderación de ella se dé en la parte motiva de la demanda, pues si se da en los hechos de la demanda se cumple con el requisito de determinar y señalar la cosa reivindicada. Conceptuar lo contrario es incurrir en error de derecho.

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

(Magistrado ponente, Dr. Ricardo Hinestrasa Daza)

El señor Leopoldo Becerra demandó por la vía ordinaria al señor Esteban Tenorio sobre reivindicación de un inmueble formado por dos lotes contiguos, tomado uno de la comunidad de Santa Rosa, que da nombre a esa finca, y el otro de lo que había sido comunidad de La Bolsa. El demandado denunció el pleito a su vendedor señor Lotario González Tenorio, quien contestó haciendo suya la respuesta dada a la demanda por Tenorio, el cual la había respondido sosteniendo ser el dueño y poseedor de buena fe de la finca demandada y oponiéndose a las pretensiones de Becerra. Aquella finca se halla ubicada en el municipio de Florida, de donde éste es vecino. González y Tenorio lo son de Palmira y Cali, respectivamente.

El Juzgado 2º del Circuito de Palmira sentenció declarando dueño a Becerra y condenando a la restitución de la finca reivindicada y a las prestaciones consiguientes, sobre la base de buena fe del poseedor.

Tenorio y González apelaron. El Tribunal revocó acogiendo estas excepciones: improcedencia de la acción y petición indebida. Para ello se funda en que la demanda no contiene en su parte petitoria la alinderación de la finca demandada y en que ninguno de los demandados posee toda la finca, sino cada uno separadamente una de las dos porciones de ella.

Interpuesto por el demandante y concedido, admitido y tramitado el recurso de casación, debe ya decidirse.

Varios son los cargos. El primero error de derecho en la apreciación de la demanda y de sus respuestas y consiguiente violación del Art. 946 del C. C. y demás pertinentes disposiciones del mismo sobre acción reivindicatoria. Como es fundado, según pasa a verse, no hay lugar a considerar los restantes (C. J., art. 537), sino a dictar la resolución que corresponda (art. 538 ibidem).

Incoada y admitida la demanda en noviembre de 1931 y notificada en 1932, procede traer a cuento las respectivas disposiciones del Código Judicial vigente hoy, o sea, la ley 105 de 1931 y del reemplazado por ella. Este decía en su artículo 265: la demanda "debe contener... la cosa, cantidad o hecho que se demanda, expresado con claridad, conforme a lo dispuesto en este Código", el que en su artículo 932 relativo a demanda ordinaria, disponía: "En el cuerpo del escrito se expresará: ... 3º Lo que se demanda".

Con el fin de que el Juez comprendiera perfectamente qué es lo solicitado, según palabras del artículo 933 de ese Código, podía y debía en 24 horas devolver un libelo

oscuro o a que faltaran requisitos, expresándolos.

El demandado contestó sin reclamo ni objeción alguna por haber sido admitida la demanda y sin haber opuesto excepción dilatoria, y como denunció el pleito a su vendedor y éste hubo de concurrir, la contestó a su turno sin reclamar por haber sido admitida, sin oponer tampoco excepción dilatoria.

De ahí que el 3 de mayo de 1932 se ofíciase al Registrador y quedase inscrita en el competente libro de éste, de conformidad con el artículo 42 de la ley 57 de 1887, como se ve en el cuaderno principal, a folios 57 y 58.

El Código actual, en su artículo 205, dice: "La demanda... debe contener... lo que se demanda, expresando con claridad y precisión los hechos u omisiones .." En su artículo 222 dispone que si lo demandado es finca raíz, deben especificarse los linderos y demás circunstancias que lleven a conocerla y distinguirla. En su artículo 737, especial para demanda en juicio ordinario, previene que a más de lo ordenado en general en el artículo 205, "debe enunciar con claridad y precisión las peticiones que se hacen y expresar los hechos en que ellas se apoyan, debidamente clasificados y numerados". El artículo 738 contiene una prevención sobre deficiencias, análoga a la que contenía el Código anterior en su citado artículo 933.

De otro lado, tanto el Código anterior, en su artículo 279, como el actual en el 214, hace responsable de las cosas o de su precio a quien, demandado por cosa de que se dice poseedor, sin serlo, lo calla, cuando la sentencia favorece al demandante y no se comprueba que éste obrara de mala fe, sabiendo que aquél no era poseedor.

Y en el presente juicio el demandado, no sólo no manifestó que la cosa no estuviera en su poder, sino que afirmó enfáticamente su dominio y su calidad de poseedor. Y su vendedor, al denunciarle el pleito, contestó la demanda acogiendo en un todo y haciendo suya la respuesta del demandado denunciante. Así se ve en los memoriales respectivos, a folios 59 y 72 del cuaderno principal.

Como se verá adelante en la presente sentencia, el hecho de que en un momento dado esté agrupado en una sola finca lo que antes fueron dos o más lotes distintos, segregados de predios diversos, no es óbice, cuando aquel conjunto está ya formado, para reconocer que éste constituye una finca. Pensar lo contrario sería negar el punto mismo de partida, siendo así que se comienza por suponer que ya esa finca está formada. Este fenómeno sencillo y cuotidiano lo reconoce la ley en diversas disposiciones, así como el de que una sola finca se convierta en dos o más, como se ve, por ejemplo, en los artículos 942, 1177, 1394, 1784 y 2338 del C. C.

Aquí la acción se encamina a la restitución de una finca, cuya ubicación y linderos constan en el libelo de demanda. Y si el actor advierte que hubo un tiempo, relativamente remoto, en que estaban separados entre sí dos lotes que hoy forman sendas porciones de un solo globo, que es el fundo total que se reivindica, ello no obsta ni podría en manera alguna obstar a que lo demandado hoy se determine como un solo predio y se afirme estarse ejercitando así su posesión actual y así se den su ubicación y linderos.

Basta leer la demanda para comprender la imposibilidad de desconocer que ella contiene la determinación precisa, con todos los elementos procedentes, del inmueble de que se trata, tal como exige estos detalles el citado y parcialmente transcrito artículo 737, y que también contiene una exposición numerada de hechos fundamentales precisos, y, sobre todo, que ostenta diáfana claridad sobre lo que pide.

Releyéndola tal como forma el folio 46 del cuaderno 1º, donde está la intención o parte petitoria, se ve que ésta contiene cinco súplicas formuladas con estos fines: 1º Que la sentencia declare que al demandante pertenece una finca rural denominada "Santa Rosa", fundada en el globo indiviso del mismo nombre y con inclusión de una faja de terreno dividido llamado "La Bolsa", ubicada toda aquélla en el municipio de Florida; y que se condene al demandado: como actual poseedor, a entregarle esa finca con sus accesorios dentro de tercero día de notificada la sentencia (punto 2º); como poseedor de mala fe, a responderle de los deterioros (punto 3º); a restituírle o pagarle los frutos naturales y civiles (punto 4º); y a pagarle las costas del juicio (punto 5º).

Viene en seguida la relación de los hechos fundamentales, de los cuales el 1º contiene, a más de la relación de lo antedicho sobre ubicación y formación de la finca en referencia, su alinderación.

El Tribunal, por cuanto ésta no obra en la parte petitoria, esto es, por cuanto no se agregó para complementar la primera peti-

ción, sino para formular el hecho 1º, manifiesta que sólo sobre la parte petitoria puede sentenciarse y que, de lo contrario, fallaría ultra petita, faltando al precepto legal respectivo (C. J., art. 471; art. 835 del anterior), y por eso se abstuvo de entrar en el fondo y sentenció acogiendo las antedichas excepciones.

Descoyuntar o desarticular así un libelo de demanda, en forma que cada una de sus partes haya de reputarse existente por sí e independiente de las demás, al punto de que, como sucede en el caso presente, la alinderación se conceptúa ausente de ella porque no figura en la parte petitoria, y rechazarla por esta precisa circunstancia, sobre la base que no puede sentenciarse en el fondo porque falta el elemento linderos, es algo que, lejos de proveer al cumplimiento de la ley y a la administración de justicia, conduce a denegar la una y a violar la otra. Basta para esto último recordar que lo que ella exige, según se ve en los citados artículos del Código Judicial, tanto del anterior como del hoy vigente, es que la demanda contenga los elementos referidos y al Juez no ocurra duda sobre lo que pide. So pena de aparecer esforzándose por sacrificar el derecho a la fórmula, la ley no podía ordenar, como afortunadamente para la Justicia no ordenó, que en determinado sitio o párrafo del escrito de demanda figurara tal o cual de los elementos o indicaciones referidos, sino que se limitó a prescribir que este escrito los contenga.

Y como todos esos elementos los contiene la demanda inicial del presente pleito, y no cabe duda alguna sobre lo que ella pretende y solicita, se justifica plenamente el cargo de error de derecho en su apreciación formulado en el presente recurso. A que se agrega, como ya quedó advertido de paso, que ambos demandados, el que lo fue inicialmente y el que vino a serlo por denuncia del pleito, están acordes en que el primero de ellos es el actual poseedor de la total finca materia del pleito.

De ese error de derecho en la apreciación de la demanda y respuesta surge la violación de disposiciones sustantivas, como el recurrente advierte al formular su primer cargo, que es el que se está estudiando y acogiendo, disposiciones que son, según él, los artículos 946, 950, 952, 961, 962, 964 y 969 del C. C., relativos a reivindicación, que es la acción incoada y la que, por ese error, el Tribunal dejó de considerar.

Sentencia de instancia

El señor Leopoldo Becerra compró al señor Abel Becerra, por escritura Nº 41 otorgada ante el Notario de Florida el 18 de junio de 1931, registrada el 20 de los mismos, la finca denominada "Santa Rosa", determinada por sus componentes, ubicación y linderos tal como en el litigio la determina el referido hecho 1º de la demanda (cuaderno 1º, folios 1 a 6).

El vendedor manifiesta haber adquirido por escritura Nº 118 de 28 de octubre de 1927, otorgada en la Notaría de Miranda, instrumento que forma los folios 33 a 35 del cuaderno 1º, y en que consta que la señora Leonor Velasco viuda de Lozano, trasfiere la finca allí determinada a Abel Becerra, a título de dación en pago de las deudas que a favor de éste se inventariaron y que se ordenó pagar en la causa mortuoria del señor Francisco Lozano, marido de la señora Velasco, la cual advierte que trasfiere esa finca "en un solo cuerpo" y que se le adjudicó así y con la carga o destino de pagar esas deudas.

En efecto, así lo indica y prueba la hijuela tomada de la mortuoria de Lozano, protocolada en la Notaría de Caloto por instrumento número 6 el 28 de enero de ese mismo año (1927), cuya copia registrada se halla a los folios 28 a 32 de ese cuaderno. Allí se habla de "Santa Rosa" y zona de "La Bolsa", y se dice: "de las cuales se formó un lote especial por estar contiguas, comprendido dentro de los siguientes linderos..."

Lozano había hipotecado separadamente esas dos porciones a Becerra, en sendas escrituras (folios 15 a 18 ibídem), y las había adquirido así: "Santa Rosa" por compra a la viuda e hijos de José Teodoro Belalcázar, por escritura Nº 8, otorgada en la Notaría 3ª del Circuito de Pradera, el 30 de enero de 1913 (folios 7 a 12 ibídem), y "La Bolsa", por dación en pago que le hizo su padre, señor Angel María Lozano, en escritura Nº 80, otorgada en la Notaría de Miranda el 20 de marzo de 1918. (Folios 13 y 14 ibídem).

Es de advertir que la formación de una sola finca por las dos porciones que acaban de expresarse, no data de la mortuoria de Lozano, pues cuando éste otorgó escritura de arrendamiento el 19 de agosto de 1919 (Notaría de Miranda, Nº 81, folios 19 y 20 ibídem) ya habla de una sola finca, constituída, según dice él en ese instrumento, por las dichas porciones de "Santa Rosa" y "La Bolsa"; y al expresar los títulos de adqui-

sición, declara: "Esta propiedad la hube..." y en seguida cita la compra a la viuda e hijos de Belalcázar, para decir "en parte", y para decir "en la otra parte", cita la dación en pago que su padre le hizo, según acaba de recordarse aquí. Y en cláusula subsiguiente de ese mismo instrumento de arriendo, refiriéndose al conjunto, dice en singular: "Esta propiedad, así claramente determinada, es la que hoy doy en arrendamiento al señor Teodosio Sandoval".

A más de los instrumentos citados, presentó el actor con su demanda copia de la escritura Nº 618, otorgada en la Notaría de Florida el 22 de marzo de 1873, por medio de la cual Dolores Sendoya vende unos derechos en el globo indiviso de "Santa Rosa" a Antonio, Juan y José Teodoro Belalcázar, advirtiendo que éste tiene otros derechos en el mismo fundo.

Con el fin de indagar si los elementos relacionados establecen el dominio cuyo reconocimiento solicita el actor, falta estudiar lo atañedero a identidad, esto es, a si las sucesivas alinderaciones son iguales entre sí y si, en el caso de diferencia, ella significa verdadera discrepancia o hace relación a fundos distintos, o simplemente representan las alteraciones sucesivas que corresponden, ya a la reunión en una sola finca de porciones de fundos diversos, ya a las que en linderos impone el trascurso del tiempo, por lo que respecta a los nombres de los dueños de los predios colindantes o de ostos mismos.

La demanda trascribe la alinderación que a la finca total de cuya reivindicación se trata da el título de adquisición de ella por el demandante, título que a su turno trascribe la alinderación expresada en el de su vendedor; otro tanto hace éste, transcribiendo los linderos dados a la finca total, tanto por Lozano mismo cuando arrendó en 1919, cuanto en la hijuela formada en su mortuoria al destinar esta finca al pago de los créditos de Becerra caucionados por su hipoteca. Hay algunas diferencias, explicables por los motivos dichos y en manera alguna opuestas a la identidad, a saber: Oriente: primero dicen estos títulos "predio de Alfonso Tribiño", después se agrega, "hoy de sus sucesores"; después dice: "finca de herederos del señor Alonso Tribiño". Como se ve, no hay discrepancia. Occidente: primero dice: "finca y mojón de Angel María Lozano y finca y mojón de Peregrino Belalcázar"; después dice: "predio de Angel María Lozano, hoy de los señores Miguel Garrido y Miguel Angel Restrepo, y también con propiedad de Peregrino Belalcázar". No hay, pues, discrepancia por este lado tampoco. Norte: en unos y otros títulos forma este lindero un potrero del señor Leopoldo Becerra. Sur: la mortuoria citada dice: "siguiendo la dirección de un barranco que parte de la propiedad de Alonso Tribiño, hoy de sus sucesores, y termina en el mojón de piedra de la propiedad de Angel María Lozano". La compra del demandante dice: "y por el sur, partiendo de un mojón que hay en un barranco situado en la finca que fue de Angel María Lozano, se sigue ese barranco hasta dar con la finca del señor Angel María Tribiño, hijo".

En títulos anteriores distintos figura como lindero la quebrada llamada de "La Pastusera". La parte demandada ha insistido en el reparo nacido de no figurar en las alinderaciones que acaban de citarse ese límite, cuya calidad de accidente le da señalado relieve.

Pero tal reparo no tiene alcance alguno sobre la identidad que se viene indagando y que, por lo visto, queda establecida, porque esa quebrada o cauce se interpone entre los que fueron lotes distintos y hoy son las dos porciones cuya unión constituye la finca de que se trata; de manera que no mencionar esa corriente o cauce en los linderos es consecuencia obligada de tal unión, ya que una finca no ha de deslindarse consigo misma. Si hubieran seguido siendo fincas distintas la porción de "Santa Rosa" y la zona de "La Bolsa", precisamente habría de figurar en cada una de ellas como lindero "La Pastusera", que las separa; pero, repítese, si en lo material están separados por el cauce de esa quebrada, pero en lo tocante a dominio han formado esas dos porciones una sola finca, ya no es posible que eso que fue lindero de una y de otra, cada una por su respectivo lado, siga siendo lindero de su conjunto... Y es el conjunto lo que deslinda y reclama la demanda, en esta forma y calidad, es decir, como una sola finca, advirtiendo para mayor claridad y fidelidad del relato y pedimento, que tal finca, hoy única, se forma por dos lotes, de fincas distintas, antes separadas y hoy unidas para formar una sola.

De otro lado, se encuentran acreditados en el proceso estos hechos: la señora Velasco viuda de Lozano dio en arrendamiento parte de la misma finca total referida, por escritura número 99 de 28 de octubre de 1922, otorgada en la Notaría de

Miranda (folios 22 a 27 ibidem) al señor Julio Correa, deslindándola así: oriente, sucesores de Alonso Tribiño; occidente, parte con Peregrino Belalcázar y Leopoldo Becerra y parte con Angel M. Lozano; al norte, Leopoldo Becerra, y al sur, la parte que la arrendadora se reserva, siguiendo la dirección de un barranco que va de la línea de los sucesores de Tribiño a dar a la de Angel M. Lozano.

Ese contrato de arrendamiento se pactó por cinco años, con potestad en la arrendadora de ocupar la finca si el inquilino faltaba a sus deberes allí detallados sobre cánones y conservación de la finca, y con advertencia de no reconocer mejoras de ninguna clase.

Según escritura Nº 25, otorgada en Miranda el 1º de marzo de 1924 por dicha señora Velasco de Lozano y por Abel Becerra, declaró ella terminado ese arrendamiento por faltas del inquilino, y Becerra declaró cumplidas las obligaciones de la señora sobre entrega material de la finca que, como se vio, le había vendido, entrega cuya fecha fijaron en 24 de noviembre anterior, por ser este día, al decir ellos en el instrumento público que se está citando, el de terminación del arrendamiento referido con Correa.

Este señor, por medio de la escritura Nº 53, en la Notaría de Florida, el 13 de junio de 1924, citando las dos que acaban de recordarse, o sea, la de arrendamiento con él y la de rescisión o terminación del mismo, respectivamente de octubre de 1922 y marzo de 1924, dice vender a Lotario González Tenorio los frutos de dicha finca por el término que aún quedaba pendiente de los cinco años del contrato de arriendo y los derechos litigiosos contra Becerra por la terminación del mismo contrato.

González Tenorio agregó a esa adquisición la de derechos proindiviso en la finca común de "Santa Rosa", que compró a Anunciación Zamora de Vargas el 25 de octubre de 1926; y por escritura Nº 207 ante el Notario 1º de Cali, el 8 de febrero de 1928 declara González trasferir a Esteban Tenorio las mejoras en el predio de "Santa Rosa" y en la de "La Bolsa" allí determinadas, así como parte de los derechos proindiviso que se acaban de citar, advirtiendo, como se lee en ese instrumento al folio 61 vuelto del cuaderno principal, que la trasferencia de estos derechos se la hace a Tenorio "para que con ellos respalde y defienda todas las mejoras" aludidas. Declara allí que el suelo en que se hallan éstas y los derechos proindiviso dichos tiene estos linderos: oriente, Alfonso Tribiño (herederos); sur, resto de "La Bolsa" de Castaño; occidente, Peregrino Belalcázar; norte, el vendedor (González), zanjón de la acequia de por medio.

Tenorio, notificado de la demanda, la contestó oponiéndose a sus pretensiones y afirmando, respecto de posesión, que González adquirió y poseyó de muy buena fe, capacitándose así para vender a Tenorio, y que era poseedor regular de la finca que trasfirió a éste, y que éste es "dueño de una finca y como dueño que lo es tiene sobre ella el derecho de uso, el derecho de goce y el derecho de disposición". Así se lee al folio 59 vuelto del cuaderno 1º

Ya al mismo folio 59 (frente) había dicho Tenorio ser el poseedor y dueño absoluto de la finca que por medio de este juicio se le discute.

Admitida la denuncia, González respondió la demanda diciendo, entre otras cosas, como se lee al pie del folio 72, frente, del mismo cuaderno 1º: "Acepto y tengo como mía la contestación que a la expresada demanda dio el demandado señor Esteban Tenorio..."

Acogió y opuso González también las excepciones opuestas por Tenorio, que son las que vinieron a prosperarles en el Tribunal, de que ya se habló aquí, sin que ellos al oponerlas manifestasen en qué las hacían consistir y limitándose a nombrarlas.

Según queda analizado ya, la posesión regular y dominio que alegan Tenorio como posedor actual y González Tenorio como vendedor que sale a la defensa del pleito por la denuncia que de éste le hizo en oportunidad su comprador demandado en reivindicación de la misma finca que aquél le había vendido, tienen como fuente de título: los conferidos a González: por un inquilino de esa finca y por un comunero de "Santa Rosa", limitado éste a derechos en el proindiviso de ese nombre.

Apenas habrá para qué citar el artículo 755 del C. C., que define la mera tenencia como aquélla que alguien ejerce sobre una cosa no como dueño sino en lugar o a nombre del dueño, y termina diciendo que lo dicho se aplica a todo el que tiene una cosa reconociendo dominio ajeno. Correa, cabalmente por ser inquilino, reconoció el dominio de la arrendadora. La transferencia de derechos nacida de su contrato de arrendamiento hecha por él a González Tenorio llevó consigo ese reconocimiento y sus consecuencias. Entre éstas la de serlo inaceptable el ánimo de señor de lo mismo que fue

materia del arrendamiento y de la trasferencia de tales derechos nacidos de éste y relativos a éste; y la de serle inaceptable también la conciencia de haber adquirido de quien tuviera facultad de enajenar la cosa misma arrendada, conciencia indispensable para la buena fe, según el artículo 768 de aquel código.

Y en cuanto a los derechos proindiviso en "Santa Rosa", trasferidos por González Tenorio a Tenorio, parte de los adquiridos por aquél de la señora de Vargas, en 25 de octubre de 1926, bien se echa de ver cómo meros derechos proindiviso no pueden ser la finca poseída de largo tiempo atrás por Lozano, ni menos la que éste tenía formada por la reunión desde antes de agosto de 1919 de un lote de "Santa Rosa" con uno de lo que había sido "La Bolsa" y que en la mortuoria de Lozano se inventarió y se adjudicó como una sola finca por sus precisos linderos como cuerpo cierto, y así enajenó su adjudicataria (su viuda) a Abel Becerra y así éste a Leopoldo Becerra, hoy demandante.

Si los títulos de dominio de este señor son satisfactorios, a virtud del estudio que de ellos se ha hecho aquí, no puede menos de reconocerse que le asiste la acción por él incoada con amparo en el artículo 946 del C. C., ni puede menos de acogerse el resto de sus súplicas, consecuencia obligada de esta disposición y de aquel dominio.

Como se vio, en lo citado y parcialmente trascrito de la respuesta que a la demanda dio Tenorio, acogida como propia por González, es Tenorio el poseedor actual "de la finca que por medio de este juicio se le discute". El, pues, debe ser condenado a entregársela a su dueño, o sea, el demandante Becerra.

Las restantes súplicas miran al pago de deterioros y de frutos. El demandante conceptúa que Tenorio es poseedor de mala fe, y formula tales pedimentos sobre esta base. El Juzgado negó el pago de deterioros y condenó al de frutos sólo a partir de la contestación de la demanda, considerándolo de buena fe y decidiendo como corresponde a ésta, según los artículos 963 y 964 del C. C. En estos puntos la sentencia del Juzgado quedó ejecutoriada, puesto que de ella no apeló el demandante y puesto que a los únicos apelantes, o sea a los demandados, en esta parte era favorable.

No hay, pues, lugar a estudiar la argumentación formulada a lo largo del pleito por el actor sobre la mala fe de Tenorio y de González, ni a considerar si, por la confesión de éste al absolver posiciones en el Juzgado de primera instancia, ha de reputarse ficticia su citada escritura a Tenorio y deducirse de ahí que lo interpuso con el fin de disimular una maniobra que en las propias manos de González habría sido más perceptible, todo lo cual agrega un indicio más sobre la mala fe de ambos. Estas observaciones del actor no pueden, por lo antedicho, considerarse en el presente recurso, porque, aunque se está dictando la sentencia de instancia que debe reemplazar la del Tribunal, ello es que éste, aun habiendo evitado el error de fallar el pleito acogiendo las excepciones y aun decidiéndolo en favor del demandante, habría sin embargo tropezado con la parcial ejecutoria de la sentencia del Juez a quo como escollo para cambiar y aun para estudiar siquiera el concepto de éste sobre la referida fe de Tenorio en su posesión en relación con las dichas prestaciones de deterioros y frutos anteriores a la demanda.

Esa sentencia del Juzgado, cuya confirmación se impone por lo que hasta aquí se ha visto, declara a Becerra dueño de lo que demanda y condena a Tenorio a entregárselo, ejecutoriada aquélla, así como a pagarle los frutos a partir de la contestación de la demanda y las costas del juicio.

Respecto de éstas, en fuerza del análisis de los títulos y demás circunstancias del caso acreditadas por el estudio del proceso, la Corte, hallando temeridad en la oposición formulada y sostenida contra las súplicas del demandante, se ve obligada a condenar en las del juicio de conformidad con el artículo 575 del C. J. en su numeral 1º.

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 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali con fecha treinta y uno de mayo de mil novecientos treinta y cinco, y en su lugar confirma la de primera instancia, o sea, la pronunciada por el Juzgado 2º del Circuito de Palmira el veinte de septiembre de mil novecientos treinta y tres.

Las costas del juicio son de cargo de los demandados.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

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

DEMANDA DE RESOLUCION DE UN CONTRATO. — LOS ACTOS JURIDICOS. — CONDICION RESOLUTORIA TACITA.—CONDICION RESOLUTORIA EXPRESA O PACTO COMISORIO. CLAUSULA DE CADUCIDAD

La interpretación del negocio jurídico tiene por objeto fijar el contenido de la declaración de voluntad, o sea su sentido decisivo para el derecho. El intérprete debe tener en cuenta que para investigar la voluntad real de las partes es indispensable no detenerse en el sentido literal de la expresión, sino averiguar la intención de aquéllas. En los casos de integración, o sea, cuando el texto del contrato o negocio jurídicos adolece de defectos de oscuridad o ambigüedad, o es incompleto o equivocado, etc., corresponde al intérprete rectificar las faltas y colmar las lagunas o omisiones que hubieren quedado en la expresión de la voluntad de las partes, sin contradecir ni desfigurar con ello el contenido del pensamiento manifestado en la declaración. El propósito latente de las partes lo desentraña el intérprete con ayuda de las máximas de la experiencia, de las circunstancias que acompañan el negocio, de los usos del tráfico, de las enseñanzas de la vida, consultando en cada ocasión concreta los intereses de ambas partes, a fin de determinar lo que es oportuno, equitativo y justo. Se define la mora del deudor como "el retraso, contrario a derecho, de la prestación por una causa imputable a aquél". Según el art. 1608 del C. C., para que se produzca la mora automáticamente, debe fijarse término para el cumplimiento de la obligación. Pero para averiguar si hubo determinación de tiempo, a fin de resolver si ha habido o no mora automática, debe atenerse el sentenciador a la realidad de los hechos y no a la expresión empleada por los contratantes.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, junio diez y nueve de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente, Dr. Juan Francisco Mújica)

Materia del pleito

El 27 de diciembre de 1931, Epifánio Hurtado y Benjamín Martínez E. permutaron dos fincas, la de aquél situada en el paraje de "El Cedrón" y la de éste denominada "La Gómez".

Según la escritura N° 329, pasada ante el Notario de Pueblorrico, los contratantes dijeron que "La Gómez", junto "con otra porción de terreno de pertenencia de Martínez Z.", está hipotecada a favor del Anglo South American Bank Ltd. para garantizar el pago de un préstamo de trece mil doscientos pesos ($ 13,200.00), y que el fundo de "El Cedrón" también garantiza un crédito hipotecario a favor de Melitón Betancourt, por tres mil pesos ($ 3,000.00). El primero de los inmuebles lo estimaron los contratantes en diez y seis mil pesos ($ 16,000.00) y el segundo en diez mil ($ 10,000.00).

Las partes estipularon: "Que como la finca que cede Martínez Z. vale seis mil pesos oro ($ 6,000.00) más que la de Hurtado, éste pagará esa diferencia (seis mil pesos oro), en el transcurso de diez años, contados de hoy en adelante, reservándose Hurtado el derecho a otros diez años más de plazo, y el derecho también de hacer abonos a la cuenta antes del vencimiento del plazo. Sobre estos seis mil pesos de la encima o ribete reconoce Hurtado el interés del 9 por ciento anual, que pagará por trimestres vencidos, y de no hacerlo así, Martínez puede declarar vencido todo plazo o prórroga y proceder al cobro ejecutivo de la deuda por toda su cantidad. Que el mismo Hurtado se constituye deudor de Martínez E. por la cantidad de tres mil pesos oro ($ 3,000.00), que éste destinará para cubrir la hipoteca que pesa sobre los bienes de Hurtado. El pago de esta cantidad y de sus intereses se verificará en la misma forma expresada para el pago de los seis mil pesos oro, valor del ribete o encima. Como la finca cedida en permuta por Martínez Z. soporta, como ya se explicó, una hipoteca por trece mil doscientos pesos ($ 13,200.00), éste queda obligado a cancelarla dentro del plazo de la escritura o de la prórroga que pueda conseguir y en caso contrario este negocio se declarará resuelto, ipso facto, con la obligación de pagarle Hurtado a Martínez o Martínez a Hurtado, según sea el caso, el valor de los perjuicios por el incumplimiento".

Suplica la parte actora se declare resuelto el contrato de permuta, a causa del incumplimiento de Martínez; se ordene la cancelación de las correspondientes inscripciones,

y se condene a éste al pago de los perjuicios causados.

Al negocio se le dio la tramitación solicitada por los actores que previene el art. 1095 del C. J. Y ante la oposición de los demandados, la controversia se decidió como en juicio ordinario.

Sentencia del Tribunal

El Tribunal Superior de Medellín, el 28 de septiembre de 1934, resolvió la controversia en el sentido de declarar probada la "excepción perentoria de carácter temporal de petición antes de tiempo o de un modo indebido". Como fundamento de su fallo, el Tribunal consideró que de acuerdo con la cláusula referente a la cancelación por parte de Martínez de la deuda hipotecaria de trece mil doscientos pesos ($ 13,200.00), los contratantes estipularon un pacto comisorio de un año, a partir de la fecha de la escritura, en donde consta la permuta, salvo el caso de que Martínez obtuviera del acreedor una prórroga, cuya extensión y clase no se determinaron. No se fijó tampoco plazo para obtener esa prórroga ni se pactó nada respecto al cumplimiento de la obligación de intereses.

Por consiguiente, para que el pacto comisorio surta efecto, es necesario que el Banco acreedor hubiera exigido el pago, porque mientras tanto no puede existir incumplimiento de Martínez a la obligación de hacer que contrajo en la permuta. Además, el gestor del Banco, al manifestar en este juicio que la intención de ese establecimiento bancario ha sido la de prorrogar tácitamente el plazo al deudor Martínez, transformó en expresa tal prórroga tácita, sin determinar duración a ella.

Desde otro punto de vista, el Tribunal no comprende cuál sería el interés de Martínez para dejar de pagar, "puesto que él mismo está obligado personalmente", a lo cual se añade que el deudor "ha estado pagando aunque con alguna irregularidad los intereses y ha hecho abonos al capital".

Por lo que hace a la obligación de Martínez de pagar a Betancourt los tres mil pesos ($ 3,000.00) de su crédito, aparece, "aun cuando presentada fuera del término probatorio la declaración del acreedor de haber cancelado, y esta declaración la aprecia el Tribunal como un finiquito, según lo ha hecho en ocasiones semejantes, pues equivale a un recibo".

Por último, consideró el Tribunal que Martínez no se perjuró al contestar las posiciones 1ª y 9ª, y por consiguiente no hay lugar a la sanción de la pérdida del pleito que establecía el art. 454 del Código Judicial derogado.

Materia del recurso

La parte demandante interpuso el recurso de casación contra la sentencia del Tribunal, acusándola por la causal 1ª del art. 520 del Código Judicial, como violadora de ley sustantiva.

El Tribunal incurrió en manifiesto error de hecho y de derecho al interpretar la cláusula del contrato de permuta referente al pacto comisorio, porque, en su concepto, no se estipuló plazo para obtener la prórroga al vencerse el primitivo y porque estimó como prórroga del término para cancelar la hipoteca la simple conducta voluntariamente negligente del acreedor bancario en el cobro de su crédito.

A consecuencia de tales errores, el Tribunal violó los arts. 1618, 1621, 1624, 1608 y 1531 del Código Civil.

Motivos

Siendo el negocio jurídico el instrumento de que disponemos para regular nuestras relaciones jurídicas conforme a nuestras necesidades y deseos, la interpretación que de él se haga tiene por objeto fijar el contenido de la declaración de voluntad, o sea su sentido decisivo para el derecho.

Aun cuando por regla general lo que constituye un límite para el intérprete del negocio jurídico es la declaración misma, aquél debe tener en cuenta que para investigar la voluntad real de las partes, es indispensable en muchos casos no detenerse en el sentido literal de la expresión sino averiguar si el contenido querido por las partes se reconoce en la declaración misma, cualquiera que sea el signo mediante el cual se puede inferir la exteriorización del propósito.

A veces es resultado de la interpretación de un negocio jurídico el de su integración, a fin de restringir o extender el sentido decisivo para el derecho de una declaración de voluntad. Ocurre la integración cuando el texto adolece de defectos de oscuridad o ambigüedad, o es incompleto, o equivocado, o cuando las expresiones y aún las mismas ideas de las partes carecen de claridad o de exactitud, o bien, porque la consecuencia ju-

rídica no la conocen las partes lo suficiente, o bien a causa de que ellas no previeron determinada situación que se produce después.

En los casos de integración, corresponde al intérprete rectificar las faltas del contrato, resultantes de la deficiente expresión del querer de las partes y colmar las lagunas u omisiones que hubieren quedado en ésta, sin contradecir ni desfigurar con ello el contenido del pensamiento manifestado en la declaración. Este verdadero propósito latente de las partes lo desentraña el intérprete con ayuda de las máximas de la experiencia, de las circunstancias que acompañan el negocio, de los usos del tráfico, de las enseñanzas de la vida; consultando en cada ocasión concreta los intereses de ambas partes, a fin de determinar lo que es oportuno, equitativo y justo.

Este breve resumen de las directrices jurídicas a seguir en la interpretación e integración de un contrato, se da porque por sí solo pone de relieve el errado criterio del Tribunal en la fijación del contenido de la voluntad de los litigantes expresada en la cláusula que sancionaron con el pacto comisorio.

De paso se observa que la doctrina expuesta es ajena a la sistematización de las dos escuelas extremas de la interpretación de la voluntad de los actos jurídicos.

El Tribunal consideró que no se determinó por las partes el plazo del cual el demandado debería pagar al acreedor bancario el crédito hipotecario por trece mil doscientos pesos ($ 13,200.00) que grava "La Gómez", porque Martínez, al vencimiento del año estipulado en el contrato de mutuo, podía "obtener del acreedor una prórroga, sin determinar la clase ni la extensión de tal prórroga"; que tampoco se señaló al deudor el término para conseguir esta última; y que, finalmente, "no habiéndose exigido la deuda por el acreedor, no pudo considerarse el incumplimiento por parte de Martínez de la obligación de hacer que contrajo, pues hubo prórroga tácita", la cual se convirtió en "prolongación expresa del plazo para pagar", sin determinación de tiempo, a causa de que el gestor del Anglo South American Bank Ltd. declaró que la intención de éste ha sido prorrogar tácitamente al deudor el término para su prestación.

La simple actitud pasiva del acreedor hipotecario no puede interpretarse como la prórroga del plazo para el cumplimiento de la obligación que contrajo Martínez a favor de Hurtado en el contrato de permuta. Según el art. 1553 del C. C., el pago de la obligación no puede exigirse antes de expirar el plazo, siendo éste la época que se fija para el cumplimiento de aquélla. De ahí que en este asunto no exista ampliación del término en sentido decisivo para el derecho, porque ella no participa de la naturaleza jurídica del plazo.

Según las palabras mismas empleadas por las partes, "dentro del plazo de la escritura o de la prórroga que pueda conseguir", no cabe pensar que el demandante sujetó la exigibilidad de su derecho al simple arbitrio del Banco acreedor, con la consecuencia equivocada pero lógicamente deducida por el Tribunal de impedir a Hurtado el ejercicio de su prestación hasta cuando el Banco accione para el cobro de la deuda hipotecaria, o, lo que es igual, hasta cuando el demandante se encuentre en trance de ser evicto de la cosa.

El interés económico de Hurtado estriba en la extinción pronta del gravamen hipotecario sobre la finca cuyo dominio es hoy suyo. Por lo tanto, y con apoyo en los usos del tráfico, es oportuno juzgar que las partes previeron el máximum de la prórroga del plazo en el contrato de mutuo, puesto que la ley determina el límite de la duración en el tiempo permitida a los establecimientos bancarios comerciales para sus préstamos con garantía hipotecaria.

Aparece claro que Martínez adquirió el derecho potestativo de no cancelar la hipoteca al vencimiento del plazo pactado en el mutuo, si obtenía una prórroga del banco acreedor, lo cual implica que, a falta de ésta, pagara su obligación de hacer a la expiración de aquel término.

Se define la mora del deudor como "el retraso, contrario a derecho, de la prestación por una causa imputable a aquél". Según el art. 1608 del C. C., para que se produzca la mora automáticamente, debe fijarse término para el cumplimiento de la obligación. Pero para averiguar si hubo determinación de tiempo, a fin de resolver si ha habido o no mora automática, debe atenerse el sentenciador a la realidad de los hechos y no a la expresión empleada por los contratantes. En este negocio el hecho real es el de que Martínez no hizo su prestación al vencerse el plazo determinado en el mutuo, ni tampoco obtuvo del Banco acreedor la prórroga prevista por los permutantes. De donde se deduce la mora automática del deudor.

En consecuencia de lo dicho, es necesario casar la sentencia, porque el Tribunal, con

motivo de los anotados errores de hecho y de derecho en que incurrió en la interpretación e integración de la cláusula pertinente del contrato de mutuo, violó los arts. 1551, 1608 y 1621 del Código Civil.

Sentencia de instancia

Alega la parte opositora que la estipulación, materia de este pleito, "no tiene las consecuencias ni se rige por las normas que determinan los arts. 1935 a 1938 del C. C.", porque el precio "en el contrato de permuta es el valor de la cosa que recibe cada parte a cambio de lo que da o entrega".

Y añade: Demostrado como está que Hurtado recibió el inmueble cuyo dominio le transfirió Martínez, no hay lugar a la aplicación de aquellos preceptos. En el caso de autos lo que existe es un pacto accesorio lícito, autorizado por el art. 1945 del C. C., pacto que versa sobre la cancelación de hipotecas pendientes y por lo tanto debe regirse sólo "por la regla general de los contratos".

De acuerdo con nuestro derecho civil, la facultad de resolver un contrato debe ser legal o convencional. El derecho legal de resolución lo regula en términos generales, esto es, para todos los contratos bilaterales, el art. 1546 del C. C., lo cual no obsta para que el legislador haya reproducido el mismo principio al reglamentar determinados contratos; v. gr., en el de compraventa, por medio del art. 1230, e inciso final del 1909, en donde, como puede observarse, también en otros artículos se usó impropiamente el vocablo rescisión.

Doctrinariamente se explica la condición resolutoria tácita, o sea la legal, como interpretación de la voluntad de las partes, a consecuencia de lo cual ella no es de orden público. El legislador ha considerado que cada uno de los contratantes subordina sus propias obligaciones a las prestaciones que del otro tiene derecho a exigir, por cuyo motivo, para el caso de incumplimiento de lo pactado por una de las partes, creó en favor de la otra el derecho de resolver. Se entiende, por lo tanto, establecida una estrecha dependencia entre los dos haces de obligaciones que surgen de un negocio jurídico voluntario y bilateral.

Con ocasión de esta doctrina, se advierte que algunos expositores fundamentan la razón de ser del citado art. 1546 en la teoría de la causa.

Pero también el derecho de resolver un contrato puede fundarse, como ya se dijo, en la voluntad expresa de los contratantes. En este caso se eleva a la categoría de causa de la obligación que contrajo una de las partes, aquella cuyo incumplimiento, según lo pactado expresamente, acarrearía la resolución. La reserva expresa del derecho de resolución se conoce en la doctrina del derecho civil con dos nombres que corresponden a categorías jurídicas distintas: lex commisoria o pacto comisorio, y cláusula de caducidad.

La lex commissoria, institución romana, no tenía por objeto en ese derecho amparar al vendedor contra la posible pérdida de la cosa y del precio, porque la propiedad, para ser válidamente transferida, sea por la mancipación o por la tradición, requería el pago de aquél. Sencillamente, por medio de aquella institución, se obtenía que el vendedor se liberara de permanecer indefinidamente vinculado al contrato y recobrara, debido a la falta oportuna del pago del precio, su libertad de acción.

Entre nosotros, el contenido del pacto comisorio se halla circunscrito a los términos del art. 1935 del C. C. Los fines de esta institución son distintos y aún contrarios a los de su fuente romana, pero en cambio es cierto que sus efectos legales no se producen sino cuando lo pactado por las partes sea ese contenido legal.

La reserva expresa que del derecho de resolución hagan las partes, sea en contratos de naturaleza diferente a los de la compraventa y la permuta, o sea en estos mismos, pero con contenido distinto al legal del pacto comisorio, se denomina, pues, cláusula de caducidad, la cual, por consiguiente, carece de los efectos asignados a aquél por los arts. 1937 y 1938 del C. C.

Los permutantes apreciaron el valor de "La Gómez" en diez y seis mil pesos ($ 16,000.00) y el de la finca de "El Cedrón" en diez mil pesos ($ 10,000.-00), cantidades que, para los efectos del art. 1958 ibídem, deben tenerse como los precios de las fincas.

Luego la reserva que del derecho de resolución se estipuló a favor de Hurtado para el caso de incumplimiento de Martínez, de la obligación de cancelar la hipoteca, es un pacto comisorio, debido a que el actor, en realidad, con el dominio sobre "La Gómez", no recibió del valor de ésta sino dos mil ochocientos pesos ($ 2,800.00).

El pacto comisorio requiere para su consumación en este caso, como en todos los demás, la mora del deudor en el cumplimiento de su obligación, mora que a su turno presupone en el acreedor que su derecho a exigir la resolución del contrato reúna los requisitos legales de eficacia y vencimiento.

Martínez, en la contestación a la demanda, alegó la excepción de contrato no cumplido pertinentemente por parte de Hurtado. En efecto, según el contrato, éste se obligó a pagar a aquél intereses de seis mil pesos ($ 6,000.00), al nueve por ciento (9 por ciento) anual, por trimestrtes vencidos, a partir del 27 de diciembre de 1931, fecha del correspondiente instrumento público.

La demanda se presentó el 3 de mayo de 1933, y aparece de autos que el demandado solamente ha recibido doscientos sesenta y dos pesos ($ 262.00), por concepto de intereses, de los seiscientos setenta y cinco ($ 675.00) que hasta el 27 de marzo de 1933 debió haberle pagado el actor.

De conformidad con el art. 1609 del C. C., Martínez, dejando de cumplir lo pactado, no incurrió en Mora, a causa de que Hurtado, por su parte, tampoco pagó su obligación.

Ahora bien. La excepción de contrato no cumplido como la de contrato no cumplido pertinentemente, excluye el derecho de resolución en el titular de esa facultad.

Resolución

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, casa la sentencia que el 29 de septiembre de 1934 profirió en este juicio ordinario el Tribunal Superior de Medellín, y en su lugar resuelve:

1º Por carencia de acción en el demandante, absuélvese al demandado de los cargos de la demanda.

2º Confírmase la revocación que hizo el Tribunal de la sentencia de primera instancia dictada por el Juzgado 2º del Circuito de Jericó el 18 de septiembre de 1933.

3º No se hace condenación en costas.

Cópiese, publíquese y notifíquese. Insértese copia de esta providencia en la GACETA JUDICIAL.

Antonio Rocha, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J., Juan Francisco Mújica, Eduardo Zuleta Angel. Emilio Prieto Hernández, Srio. int.

REIVINDICACION

Para que prospere una acción reivindicatoria es preciso la singularización de la cosa, y esa singularización no es posible cuando no se determina un lindero. Cuando no se puede identificar la finca reivindicada la acción reivindicatoria no puede prosperar. Aunque la declaración de dos testigos haga plena prueba, según el artículo 697 del C. J., esto no quiere decir que siempre y en todo caso tengan ese valor probatorio, cuando son infirmadas por otros factores jurídicos, elementos probatorios que aparezcan en los autos.

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

(Magistrado ponente, Dr. Liborio Escallón)

María Francisca Hernández y Luis María Oliveros, casados entre sí, demandaron a la sociedad denominada Cine Colombia, con domicilio principal en Medellín y sucursal en Girardot, para que se declarara que pertenece en dominio y posesión a María Francisca Hernández de Oliveros, una porción de terreno ubicada en Girardot, que forma un cuadro que tiene por cada uno de sus lados una extensión de cincuenta varas, o sea una superficie de dos mil quinientas varas cuadradas, terreno denominado "La Manguita", y alinderado así: por el norte, con terreno de Cipriano Quimbayo; por el oriente, con terreno de Bartolomé Yepes; por el sur y oriente, con solares de las casas de la misma mortuoria (la de Antonio Hernández). Que como consecuencia se condene a la so-

ciedad demandada a entregarle a la demandante el lote de terreno que se acaba de determinar, junto con sus frutos naturales y civiles y, finalmente, que se condene a la sociedad en las costas del juicio, caso de oposición.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en sentencia de veintiocho de junio de mil novecientos treinta y cuatro, absolvió a la parte demandada, de los cargos de la demanda, por cuya razón la parte demandante interpuso recurso de casación.

Hechos de la demanda

La demandante sostiene, y lo ha demostrado, que en la sucesión de Antonio Hernández adquirió el lote de terreno que reclama en reivindicación. Lote que Hernández, a su turno, había adquirido de Cipriano Quimbayo y éste en mayor extensión, de Belisario Cuéllar y Mariano Rodríguez. La demandante sostiene que la sociedad demandada Cine Colombia, sin título y contra la voluntad de la actora, posee desde hace varios años el lote mencionado, con la edificación que constituye el Teatro Olympia de la ciudad de Girardot, y que ni la sociedad demandada ni sus sucesores en el dominio del Teatro Olympia, han adquirido legítimamente el dominio de la porción de terreno materia de esa demanda.

Por su parte, la sociedad de Cine Colombia se opuso desde el principio a las pretensiones de la parte actora.

La sentencia recurrida

Se funda el fallo recurrido en que no fue posible identificar el terreno que se reivindica, denominado "La Manguita", debido a la falta de elementos probatorios en el juicio y además por otras causas; transcurso del tiempo, mutación de las propiedades, extensión de la ciudad, ampliación de las calles, incendios ocurridos, y otros motivos por los cuales el terreno se ha modificado totalmente, hasta el punto de haberse hecho imposible la identificación.

De lo anterior dedujo el Tribunal que no sólo faltaba el requisito de la singularización, o particularización del globo que se reivindica, sino que tampoco quedaba demostrado que la compañía fuera poseedora de dicho lote.

El recurso

El recurrente acusa la sentencia por error de hecho en la apreciación de las pruebas y por incompatibilidad de la sentencia con lo pedido, en la cual, según concepto del recurrente, el Tribunal se contradijo en su fallo. El orden lógico indica estudiar en primer término la primera parte de la segunda causal, porque el recurrente sostiene que la sociedad demandada, al contestar la demanda, acepta que el Teatro Olympia ocupa el lote que se reivindica y que ésa es una confesión de la parte demandada, que releva a la parte demandante de producir otras pruebas. Dice el recurrente que siendo esto así, no queda duda de que Cine Colombia aceptó el hecho principal de la demanda, punto que pasó por alto el Tribunal.

De esta argumentación deduce el recurrente que está comprobado el hecho fundamental de la demanda.

Mas en sentir de la Corte, ni existe tal confesión, ni la compañía demandada contestó la demanda en la forma que dice el recurrente. En efecto: el representante de dicha compañía dice así en la contestación de la demanda: "me opongo a que se hagan todas o alguna de las solicitudes de la demanda". Además, negó los hechos primero, segundo, tercero, cuarto, quinto, sexto y octavo de la demanda, que son fundamentales y cuya aceptación si hubiera podido perjudicar a la parte demandada; finalmente, en el mismo escrito de contestación la compañía demandada hace presente que el lote de terreno que posee la compañía Cine Colombia, nada tiene que ver con el que reclaman los demandantes. El hecho de que la compañía hubiera propuesto excepciones perentorias, no implica una confesión que favorezca a los demandantes. El cargo que se estudia no es por lo tanto fundado.

La primera causal y la última parte de la segunda, se refieren a errores de hecho en la apreciación de las pruebas en que incurrió el Tribunal, a juicio del recurrente. De modo que siendo la acusación la misma en esos dos capítulos, es preciso estudiarlos conjuntamente.

La sentencia del Tribunal, como ya se dijo, está fundada en que no fue posible en las diligencias de inspección ocular verificar la identificación del terreno que se reivindica.

Evidentemente, ni en inspección llevada a cabo a solicitud de la parte demandada, ni

en la inspección que directamente hizo el Tribunal en virtud del auto para mejor proveer, pudo identificarse el lote de "La Manguita". Resultó identificado el lote de terreno donde está el Teatro Olympia, y de acuerdo con los títulos presentados por la compañía demandada, pero de esas dos diligencias no apareció que el lote de "La Manguita" estuviera comprendido dentro del lote que posee la compañía demandada.

Consideradas en sí esas dos diligencias, es aplicable el artículo 730 del C. J., por donde se concluye que el Tribunal fallador no pudo errar al afirmar que la identificación del terreno de "La Manguita" no fue posible en las diligencias de inspección ocular.

Mas como el recurrente en definitiva ataca el fallo no por ese concepto exclusivamente sino porque sostiene que el error provino de no haber tenido en cuenta o de no haber apreciado debidamente los títulos presentados por ambas partes, es necesario considerar ese extremo y hacer por lo tanto un estudio de tales documentos.

Los títulos de ambas partes arrancan de la misma fuente. En efecto, aparece que en 1879 Belisario Cuéllar y Mariano Rodríguez vendieron a Cipriano Quimbayo un lote de terreno situado en Girardot, comprendido entre los siguientes linderos: Tocando desde un mojón que se encuentra al frente del "Caney" de la señora Felipa Santos, por el camino que va de aquí para Tocaima y que deslinda el terreno del señor Nepomuceno Buitrago, hasta donde sale el otro camino que va de aquí por la otra calle a reunirse con el anterior, donde se pondrá un mojón de piedra marcado con una letra C; de éste, por el camino del camellón hasta encontrar otro mojón que linda con el área de la población; de aquí, siguiendo por el límite del área de la población, hasta encontrar con el primer lindero.

Títulos de la parte actora

Cipriano Quimbayo vendió a Antonio Hernández, en mil ochocientos noventa y cuatro, una parte pequeña del globo que había comprado a Belisario Cuéllar y a Mariano Rodríguez y por eso en la escritura se dice que ese lote, el que vende Quimbayo a Hernández, hace parte del que adquirió por compra a Belisario Cuéllar y Mariano Rodríguez, lotecito limitado así: por el sur, con terreno del comprador, es decir, de Hernández; por el oriente, camino de por medio, con terreno del señor Mariano Rodríguez; por el norte, con terrenos del vendedor, es decir de Quimbayo, porque éste se reservó una parte de la que había comprado a Cuéllar y a Rodríguez, y por el occidente, con terrenos de Bartolomé Yepes. Este lotecito tiene una cabida de cincuenta varas en cuadro.

En la sucesión de Antonio Hernández, registrada en 1898, se le adjudicó a la demandante María Francisca Hernández el mismo lote que éste había comprado a Quimbayo, lote a que se dio el nombre de "La Manguita".

Títulos de la compañía demandada

Cipriano Quimbayo vendió en 1898 a Julia Pineda de Martínez, un lote de terreno ubicado en Girardot, lote que hace parte del terreno que compró a Belisario Cuéllar y Mariano Rodríguez, y está limitado así: por el este, calle de por medio, camino del cementerio; por el norte, con terrenos del mismo vendedor Quimbayo. Por el oeste, calle de por medio, camino nacional y casa y terreno de Alejandro Perdomo, y por el sur, con casa del señor Bartolomé Yepes, y terrenos de la mortuoria de Antonio Hernández. Se observa desde ahora que era clara la alinderación por el costado sur con terrenos de la mortuoria de Antonio Hernández, tanto porque Quimbayo le había vendido una parte del lote a Hernández, como porque éste, según aparece de la compra que hizo Quimbayo, era también dueño de otros terrenos contiguos al que compró a Quimbayo.

Por escritura de 1899, Julia Pineda de Martínez vendió al doctor José Manuel Goenaga el mismo lote que dicha señora había adquirido de Quimbayo.

El doctor Goenaga, a su turno, vendió en 1908 ese lote a Antonio Perdomo, quien en 1917 le traspasó, a título de venta, a Francisco Di Doménico parte de ese lote, que se alinderó así: desde el vértice del ángulo que forman el predio y la casa de Mauricia Lozano, línea recta hacia el norte, camellón de la Avenida Ricaurte de por medio, con casa de la mortuoria de Alejandro Perdomo, y casa de Eduardo Casas, hasta formar la esquina de la carrera 3ª con la calle 9ª sobre la misma avenida; de esta esquina en línea recta hacia el oriente, calle 9ª de por medio, con lote del vendedor (lo cual es obvio a juicio de la Corte, porque Perdomo le había comprado en mayor extensión a Goenaga),

hasta llegar a la otra esquina que forma la misma calle 9ª con la carrera 2ª de por medio con tierra del mismo vendedor hasta llegar cerca del lote de Rudesindo Ortiz, dividido por una cerca de alambre en donde hay un mojón de piedra marcado con la letra A, cerca del lote de Rudesindo Ortiz y siguiendo la acera occidental de la carrera 2ª, de acuerdo con el plano levantado por el ingeniero civil Ricardo Morales Pérez; de la unión de esos lotes y por la misma cerca, en dirección de oriente a occidente, lindando con el lote de José María Urquijo, Francisco Hernández, Bartolomé Yepes y Mauricia Lozano, hasta llegar al punto de partida.

Por escritura de 1923, Francisco Di Doménico le vendió ese lote a la sociedad Di Doménico Hnos. y Cía., la cual se lo trasfirió, a título de venta, a la compañía demandada, denominada Cine Colombia.

Comparación de los títulos

De la comparación y estudio de los títulos que se dejan relacionados se viene en conocimiento de lo siguiente: Cipriano Quimbayo compró un globo de terreno en Girardot y vendió dos porciones, una pequeña a Antonio Hernández, cuya sucesora es la demandante, y otro grande a la señora Pineda de Martínez, quien lo trasfirió a Goenaga, éste a Antonio Perdomo, quien a su turno vendió una parte de tal lote a Francisco Di Doménico, el cual lo traspasó a la compañía Di Doménico Hnos. y ésta a la sociedad demandada.

Establecido plenamente que el lote que ocupa el teatro de Cine Colombia tiene una cabida mucho mayor que la señalada por la parte actora al lote de "La Manguita", es preciso estudiar si este lote, es decir, el de "La Manguita", está comprendido dentro del lote de mayor extensión, es decir, el que ocupa el teatro de la sociedad demandada.

Mas del estudio de los títulos no puede llegarse a esa conclusión por las siguientes razones: a) porque cada uno de los lotes, el de la sociedad demandada y el de la demandante, tienen linderos distintos; b) porque el lote que posee la compañía demandada, linda por el sur, según todas las escrituras, con terreno de Bartolomé Yepes, al paso que el terreno de que trata la reivindicación linda, según las escrituras presentadas, por el oeste con terrenos de Bartolomé Yepes, de donde resulta que por este aspecto no está determinado un lindero y por lo tanto no está identificado el lote; c) Porque el lote sobre que versa la reivindicación linda por el oriente con solares de la casa de la mortuoria de Antonio Hernández, al paso que el límite oriental del lote que posee la compañía demandada es el predio de Antonio Perdomo, que es distinto de los solares de la casa de Antonio Hernández; d) Porque desde los primitivos títulos que amparan a la sociedad demandada, el lindero occidental del predio que posee ésta era un camino público, que lo sigue siendo hoy, al paso que el predio sobre que versa la reivindicación nunca ha lindado con ese camino; f) Que aun cuando el lote que se reivindica aparece lindante con propiedad de Cipriano Quimbayo, esto es muy explicable, porque en la venta de Quimbayo a Hernández, como el primero sólo vendió al segundo una parte del terreno que primitivamente había adquirido de Belisario Cuéllar y Mariano Rodríguez, se señaló como lindero norte la parte del predio que se reservó Quimbayo, y que después vendió a la señora Pineda de Martínez.

Las anteriores observaciones llevan a la Corte a la conclusión de que el Tribunal no incurrió en error evidente de hecho en la apreciación de las pruebas, o sean los títulos presentados por ambas partes al debate, por dos razones: primera, porque de esos títulos, según su alinderación, no se deduce que el lote que se reivindica sea el mismo o parte del lote que posee Cine Colombia. A lo más puede llegarse a la conclusión de que son colindantes; y segunda, porque no existe en los autos ninguna otra prueba que el Tribunal hubiera dejado de tener en cuenta y que desvirtuara o modificara lo expresado en las escrituras.

Si para que prospere una acción reivindicatoria es preciso la singularización de la cosa, si esa singularización no es posible cuando no se determina un lindero, como lo ha sostenido siempre la Corte, y si en el caso presente y por lo ya dicho los linderos del lote que se reivindica no coinciden con los de la sociedad demandada, es claro que le falta la identificación y que por lo tanto la acción reivindicatoria no puede prosperar, precisamente por las razones señaladas por el Tribunal.

En las causales que se estudian, el recurrente dice que hubo error de hecho por cuanto el Tribunal apreció erróneamente o no tuvo en cuenta las declaraciones aducidas por la parte demandante. A esto se observa que el Tribunal tuvo en cuenta esas

declaraciones, las analizó y las rechazó por lo siguiente: la del testigo Francisco Ricardo, porque se contradijo, y las de Presentación Cortés y Petronila Santa Cruz de Caballero, por la imprecisión de que ellas adolecen.

Ante los hechos que saltan a la vista, de las inspecciones oculares, o sea imposibilidad de identificar el lote que se reivindica, ante la comparación de los linderos de los dos predios, los de la compañía demandada y los de la parte actora; ante la imprecisión que se observa en las declaraciones ya mencionadas, no se ve cómo tales declaraciones pudieran primar o prevalecer sobre lo que observaron el juez, el Tribunal y los testigos de la diligencia.

Aunque la declaración de dos testigos haga plena prueba, según el artículo 697 del C. J., esto no quiere decir que siempre y en todo caso tengan ese valor probatorio, cuando son infirmadas por otros factores jurídicos, elementos probatorios que aparezcan en los autos, lo cual sucede en el caso presente.

Las causales que se examinan, y en las cuales la Corte ha estudiado todos los motivos y argumentos del recurrente, contenidos en ellas, no son, pues, fundadas.

El recurrente acusa el fallo por incompatibilidad de la sentencia con lo pedido, y para sostener ese extremo dice que aceptando la sentencia la propiedad del demandante sobre "La Manguita", y estando ésta identificada, es incompatible la sentencia con lo solicitado.

La Corte observa:

El lote que se reivindica no pudo ser identificado y sobre esa premisa, que tiene como conclusiones la que de la parte actora no ha demostrado que dicho lote sea el mismo que ocupa Cine Colombia, ni que haga parte de él, fue absuelta la compañía demandada, por donde se ve que no existe la incompatibilidad alegada, como no puede existir la contradicción a que se refiere el recurrente en el cuarto motivo de casación que invoca. Para que esa contradicción, para que esa incompatibilidad pudiera existir, hubiera sido necesario que el Tribunal hubiera aceptado que el lote de "La Manguita" había sido identificado y que era el mismo o hacía parte del predio de la compañía demandada, pero el Tribunal no aceptó tales extremos.

Fallo

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

Sin costas en el recurso por no aparecer que se hayan causado.

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

Antonio Rocha, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J., Juan Francisco Mújica. El Conjuez, Víctor Cock. Emilio Prieto Hernández, Srio. int.

DEMANDA DE NULIDAD DE UN CONTRATO DE COMPRAVENTA, DE NULIDAD DE UNA PARTICION, etc.

En la teoría del derecho procesal civil las acciones son diversas, por las personas, por los objetos y por las causas de pedir. De manera que para que haya identidad de acciones se requiere que estos tres elementos sean comunes. Dejan aquéllas de ser idénticas si cualquiera de éstos es diferente. De acuerdo con las personas basta el hecho, por lo general, de que sean objetiva o físicamente distintas para que las acciones que se instauran sean diferentes, a menos que esas personas se presenten con la misma calidad. Es lo que se denomina identidad subjetiva de las acciones. Entre los requisitos previos que deben reunirse para poder obtener una sentencia de fondo, figuran los denominados presupuestos procesales, los cuales están integrados por tres elementos, a saber: la capacidad para ser parte; la capacidad procesal o para comparecer en juicio, y la legitimación de la causa.

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

(Magistrado ponente, Dr. Juan Francisco Mújica)

Materia del pleito

Ante el Juzgado 2º del Circuito de Medellín, Rubén, Sinforoso, Libardo, Lino y Mercedes Uribe, María Josefa y Ana Clara Díez y Rosa Díez de Isaza demandaron a la sucesión de Francisco Díez, representada por Evangelina Restrepo, viuda de éste, y sus hijos menores Consuelo, Amparo y Francisco Diez Restrepo.

La demanda contiene siete súplicas, de las cuales dos son subsidiarias de la primera. Las principales son: a) Que se decrete la nulidad del contrato de compraventa que consta en la escritura Nº 961 del 2 de mayo de 1924, otorgada en la Notaría de Medellín, "por cuanto que no fue pagado el valor de tales derechos estipulados como precio de la cosa vendida", contrato por medio del cual Salvador, María Francisca y Rosa Díez, dijeron vender a su hermano, Francisco Díez, sus derechos en la sucesión por causa de muerte de Javier Díez, hermano legítimo de todos ellos; b) Que como consecuencia de la declaración de nulidad dicha se decida que son partícipes de los bienes de Javier Díez, los citados Rubén, Sinforoso, Libardo, Lino y Mercedes Uribe, en representación de su madre, María Francisca Díez, sin perjuicio de los derechos de otros hermanos de éstos "que puedan tener su calidad de herederos, pues es entendido que se demanda a favor de la herencia de Javier Díez, Ana Clara y María Josefa Díez, 'en representación de su padre Salvador Díez, sin perjuicio igualmente de los otros hijos de éste', y Rosa Díez, "sin olvidar que los demandados pueden tener en dicha sucesión un derecho igual al de los otros grupos anteriores, o sea la participación del finado Francisco Díez"; c) Que se decrete la nulidad de partición de los bienes de Javier Díez, del auto de traslado de esa diligencia, del aprobatorio de aquélla y de la escritura Nº 1348 de protocolización del expediente en la Notaría 3ª de Medellín el 16 de junio de 1924 "por no haber concurrido a tales diligencias los herederos que tenían derecho a intervenir en ella, pues que todo se llevó a cabo con la presencia solamente del heredero Francisco Díez"; d) Que se condene a la sucesión a pagar los frutos naturales y civiles de los bienes relictos de Javier Díez, durante todo el tiempo que el demadado estuvo en posesión de ellos y "mediante el avalúo que por peritos se le dé en este mismo juicio a tales producidos"; e) Que se condene al pago de las costas de este juicio, en caso de oposición.

Las peticiones subsidiarias son: Que se decrete la nulidad del mencionado contrato de compraventa, porque en el otorgamiento de la escritura en donde él consta aparece como vendedora María Francisca Díez, quien no firmó y no hay constancia de que lo hubiera hecho alguna persona en su nombre rogada por ella, con expresión de que así lo hacía ante el Notario y los testigos instrumentales, y que se decrete la nulidad de ese mismo contrato, porque Rosa Díez no aparece autorizada por su marido, Juan Pablo Isaza, ni ha ratificado la venta con posterioridad a la fecha de la escritura.

Los hechos del libelo consisten en que el comprador Díez no pagó a sus hermanos vendedores los trescientos pesos ($ 300.00) que éstos confiesan haber recibido como precio de su venta de los derechos herenciales, porque "la escritura se otorgó con el objeto de facilitar la partición de los bienes del finado Javier Díez, que ya estaban los herederos autorizados por el juez para partir extrajudicialmente y en atención a que el comprador, soltero en esa época, había manifestado que dejaría sus bienes a sus hermanos, los vendedores". Muchas personas de Envigado oyeron al demandado confesar su obligación de devolver esos derechos herenciales a los vendedores y a sus hijos. El precio de la compraventa es irrito, porque el inmueble inventariado en la mortuoria de Díez se valoró en cuatro mil pesos ($ 4,000.-00).

María Francisca Diez de Uribe no firmó el instrumento público que solemnizó la referida compraventa de los derechos herenciales. Allí consta que por impedimento físico de ella "Lino Uribe firma además como marido de su esposa", pero lo cierto es que la vendedora no rogó testigo que lo hiciera por ella, tampoco firmó el instrumento, ni su marido podía firmar por ambos. No estuvo, pues, presente en el acto, ni siquiera en la Notaría.

Rosa Díez, mujer de Juan Pablo Isaza, no aparece autorizada para enajenar, y aun cuando en el instrumento público se dice que Isaza ratificaría la venta, ello nunca ha tenido lugar.

Los herederos de Salvador Díez son, entre otros, María Josefa y Ana Clara Díez; los de Francisca Díez de Uribe son sus hijos, Rubén, Sinforoso, Libardo, Lino y Mercedes. El "sedicente" comprador murió. Le sobrevive su viuda, Evangelina Restrepo, y sus hijos menores, Consuelo, Amparo y Francisco.

La parte demandada propuso las excepciones perentorias de inepta demanda y de ilegitimidad de la personería de los actores; de petición de modo indebido y de prescripción extintiva.

Sentencia acusada

El Tribunal Superior de Medellín falló en el sentido de declarar probada "la excepción perentoria de carácter temporal de petición de modo indebido".

Consideró el sentenciador que se acumularon indebidamente acciones "que no pueden aparearse", como son las de simulación, de nulidad relativa por falta de representación de la mujer casada y la de reivindicación por no haber vendido María Francisca Díez.

La nulidad por simulación no aparece probada porque ningún testigo declara sobre una confesión del comprador hecha conjuntamente a varias personas, las otras dos acciones se apoyan en la escritura en donde consta el contrato cuya nulidad se pretende. En ella aparece que María Francisca Díez no firmó ni rogó testigo que firmara y que Isaza, el marido de Rosa Díez, no concurrió a su otorgamiento.

Materia del recurso de casación

La sentencia la acusan los demandados por las causales 2ª y 7ª del art. 520 del Código Judicial.

Respecto de la causal 2ª, el Tribunal, erróneamente, consideró que se habían ejercitado varias acciones a la vez, lo cual no es cierto, porque la única acción intentada es la de nulidad, que se apoya en tres motivos distintos.

Hay lugar a la causal 7ª porque el Tribunal, basado en "consideraciones adjetivas que no son de recibo, se absutvo de conocer a fondo el asunto". Por último, el Tribunal violó el art. 209 del C. J., por la causal 1ª del art. 520 citado. No hay incompatibilidad entre las otras acciones que supone el Tribunal se incoaron, porque, siendo indivisible la acción de nulidad, el fallo que declare la absoluta o la relativa debe aprovechar a todos los demandantes, dado que si un contrato es nulo respecto de uno de los contratantes lo será también con relación a los otros. Además, tampoco existe la incompatibilidad entre sí de las acciones, desde luego que se intauraron tres nulidades, una principal y dos subsidiarias.

El Tribunal no tuvo en cuenta la diferencia entre la acción y los motivos que la sustentan. Aquella fue la de nulidad y única por lo tanto; éstos consistieron en tres distintos que provocarían la división de la continencia de la causa si se presentaran en tres libelos diferentes y ya que la acción, los litigantes y la cosa serían idénticos. De ahí que el Tribunal violara los artículos 397 y 398, ordinales 1º y 2º del Código Judicial.

Motivos

Dados los fundamentos de la acusación hecha al fallo, aparece evidente la improce-

dencia de las causales 2ª y 7ª del art. 520 del C. J. alegadas por la parte recurrente.

El Tribunal estimó una de las excepciones perentorias que propuso la parte demandada, lo que claramente excluye la falta de consonancia de la sentencia con las pretensiones deducidas por los litigantes.

El Tribunal, lejos de haber declarado en el fallo que se abstenía de conocer de este asunto, lo decidió en el sentido de acoger la excepción de fondo propuesta en debida forma por la parte demandada.

Tampoco violó el Tribunal directamente los artículos 209, 397 y 398 del C. J. La violación que aquí se pretende sólo habría podido tener lugar como consecuencia de un error de hecho manifiesto en la apreciación de la demanda. De ahí que este recurso no sea viable desde el punto de vista de la técnica de la casación.

Pero aun en la hipótesis de que haya sido acusada la sentencia como violatoria de ley substantiva, a consecuencia de error de hecho en la apreciación de la demanda consistente en considerar que en el libelo se acumularon varias acciones ilegalmente, cuando en realidad la única ejercitada fue la acción de nulidad, con apoyo en tres causas diferentes, tampoco prosperaría este recurso.

En la teoría del derecho procesal civil, las acciones son diversas, por las personas, por los objetos y por las causas de pedir. De manera que para que haya identidad de acciones se requiere que estos tres elementos sean comunes. Dejan aquellas de ser idénticas si cualquiera de éstos es diferente.

De acuerdo con las personas, basta el hecho, por lo general, de que sean objetiva o físicamente distintas para que las acciones que se instauran sean diferentes, a menos que esas personas se presenten con la misma calidad. Es lo que se denomina identidad subjetiva de las acciones.

En este pleito la parte demandada, compuesta por una pluralidad de personas físicas, tienen una misma calidad; por cuyo motivo, respecto a ellas, podría haber identidad de acciones. No acontece lo mismo respecto de los actores. Para la acción de impugnación por simulación, la calidad de ellos podría aceptarse como subjetivamente idéntica, puesto que se presentan como herederos de los pretendidos tradentes en el acto jurídico de cesión de los derechos herenciales de la sucesión de Javier Díez. Pero tal identidad es imposible de admitir para la acción de impugnación de ese mismo contrato por falta en Rosa Díez de la autorización marital, y tampoco respecto de la impugnación de tal acto jurídico, por no haber intervenido en él María Francisca Díez de Uribe.

En estos dos últimos casos todos los actores de este pleito no son sucesores a título universal ni singular, en las acciones ejercitadas, de los titulares de ellas.

El objeto tampoco existe como idéntico, porque los derechos a que inhieren esas acciones son idénticos Salvador Díez, María Francisca Díez de Uribe y Rosa Díez de Isaza cedieron a Francisco Díez sus derechos herenciales en la sucesión de Javier Díez. El objeto de la compraventa fue distinto, puesto que cada uno de los derechos cedidos estaba debidamente singularizado y cada uno de los cedentes no transmitió sino el derecho herencial suyo. Los trescientos pesos del precio son divisibles, lo cual equivale a que el cesionario entregara a cada uno de los vendedores cien pesos.

La circunstancia de que esos tres negocios jurídicos distintos consten en una misma escritura pública, no produce su identidad.

La causa para pedir, que es el hecho constitutivo de la acción, varía: para la impugnación por simulación, aquél consiste, según la parte actora, en la falta de pago del precio por ausencia de consentimiento real en el acto jurídico aparente; para la acción de nulidad relativa, en que no existió autorización marital, y para la otra impugnación, en la falta de intervención de María Francisca Díez de Uribe en el negocio jurídico. Por consiguiente existen tantas acciones cuantas causas de remoción de los efectos jurídicos normales del negocio han sido alegadas.

La consecuencia, pues, de lo afirmado por el recurrente, no es la de que se ejercitó una sola acción apoyada en tres motivos distintos, sino la de que se acumularon en forma alternativa tres acciones, cada una de las cuales bastaba para el fin que se proponían los demandantes. En este caso de acumulación alternativa, el sentenciador puede examinar y estimar todas las acciones cuando no existe expresa voluntad del demandante en contrario, y decidir sobre el fundamento de todas ellas, sin perjuicio de que también estime sólo una de las acciones, debido a que a veces se hace inútil el examen de las otras.

Lo dicho puede hacerse en esta clase de acumulaciones alternativas, porque, o bien las distintas acciones instauradas, aun cuando tienden a la satisfacción de diferentes prestaciones, todas equivalen económicamente entre sí, o bien, todas las acciones se encaminan a obtener un solo efecto jurídico, que es lo que se propusieron los demandantes.

Ahora bien. Entre los requisitos previos que deben reunirse para poder obtener una sentencia de fondo, figuran los denominados presupuestos procesales, los cuales están integrados por tres elementos, a saber: La capacidad para ser parte; la capacidad procesal o para comparecer en juicio, y la legitimación en la causa.

La capacidad para ser parte se refiere a la condición que debe llenar el litigante para poder ser sujeto de un proceso. Esa condición se halla regulada, no en el Código Judicial, sino en ciertas normas del derecho material: civil, mercantil y público. Esta condición la tienen también ciertas personas que no son jurídicas pero sí morales, como la herencia. Los demandantes actúan en sus propios nombres, en calidad de hijos, los unos de Salvador Díez; los otros de María Francisca Díez de Uribe y Rosa Díez en su propio nombre. La acción de impugnación por simulación y la de impugnación (si puede concebirse) por ausencia de la persona en el contrato, pertenecen a los patrimonios conjuntos de las sucesiones de Salvador Díez y María Francisca Díez de Uribe, la primera, y la segunda a la de ésta última.

Este presupuesto procesal no existe, a causa de lo dicho, para los hijos de los derecho-habientes sino para las sucesiones de éstos, y tampoco es común a todos los actores respecto de dos de las acciones incoadas.

La capacidad para comparecer en juicio, o capacidad procesal, es la necesaria para poder intervenir por sí mismo en un proceso. La diferencia que hay entre las dos capacidades que aquí se estudian, es la misma que por analogía existe en el derecho civil para los incapaces, (dementes, impúberes, etc.), quienes, aun cuando jurídicamente son sujetos de derecho y obligaciones, no pueden adquirir aquéllas y contraer éstas por actos suyos propios. Las sucesiones carecen de capacidad procesal. Ellas actúan por medio de los herederos, pero ninguno de los actores en este pleito obra como heredero de ninguna de las dos sucesiones dichas y tampoco suplican para ellas. Además, Rosa Díez de Isaza actúa en su propio nombre, con una capacidad procesal que le es propia, en virtud del art. 5º de la ley 28 de 1932. Tampoco los otros actores probaron el matrimonio de sus padres.

Por último, la legitimación en causa, la cual muchos autores no la clasifican como presupuesto procesal sino como una parte del fundamento de la acción. La legitimación sustenta el derecho que se ejercita, esto es, se refiere a que la persona que instaura la acción sea la misma a quien la ley concede esa facultad, y la persona contra la cual se hace valer sea aquella que conforme a la ley es la responsable.

Para la acción de rescisión del contrato, todos los actores, con excepción de Rosa Díez de Isaza, carecen de interés. De los demandantes, en cuanto a la acción de impugnación por falta de consentimiento, en María Francisca Díez de Uribe, solo los Uribe Díez pueden tener interés pero en su calidad de herederos de ella y para la sucesión.

No existe legitimación en esta causa por parte de ninguno de los actores para hacer rescindir la adjudicación hecha a Francisco Díez en la sucesión de Javier Díez, porque el de la nulidad del contrato de cesión de los derechos hereniáles de éste, es ajeno a un vicio de partición. Y además, carecen de legitimación los Uribe Díez y los Díez Vásquez si la acción estimada hubiera sido la de nulidad relativa de Rosa Díez de Isaza, y, a su turno, ésta y los segundos carecerían de legitimación si se hubiera estimado la acción por la no intervención contractual de María Francisca Díez de Uribe.

Resolución

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colobia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia que el 17 de octubre de 1934 pronunció en este juicio ordinario el Tribunal Superior de Medellín. Las costas, a cargo de la parte recurrente.

Cópiese, publíquese y notifíquese. Insértese copia de este fallo en la GACETA JUDICIAL.

Antonio Rocha, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J., Eduardo Zuleta Angel, Juan Francisco Mújica, Emilio Prieto Hernández, Srio. int.

DEMANDA DEL ARRENDATARIO PARA PAGO DE MEJORAS HECHAS EN LA FINCA ARRENDADA

Las pruebas indirectas se subdividen en históricas o representativas y en críticas o presuntivas. Para formar su criterio el sentenciador debe ante todo tener en cuenta las reglas que informan el principio procedimental de inmediación en su sentido objetivo o material, para determinar cuál es la relación en que se hallan las pruebas aducidas con los hechos a probar y cuáles de los medios probatorios debe utilizar. Respecto del contrato de arrendamiento, se presenta el fenómeno del concurso probatorio, el cual consiste en que cada prueba basta por sí sola para acreditar el hecho, con independencia de las otras, fenómeno distinto del de la acumulación de pruebas. Tanto el documento como la confesión son pruebas históricas. El arrendamiento de una finca es acto clásico de administración. La sucesión universal no constituye una persona jurídica, como lo afirmó implícitamente el sentenciador, incurriendo con tal concepto en error de derecho. No es jurídico decretar las sanciones del art. 6º del Decreto Legislativo Nº 92 de 1932, sino ante la renuencia del interesado a efectuar la revalidación fiscal del documento; sin embargo, lo injurídico puede no ser ilegal, como en el caso de autos.

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

(Magistrado ponente, Dr. Juan Francisco Mújica)

Materia del pleito

El 25 de abril de 1932 Manuel M. Peraza demandó a Carlos A. Dávila, ante el Juzgado 7º Civil del Circuito de Bogotá, para que se le condenara a pagarle cuatro mil pesos ($ 4.000.00), o la cantidad "que fijen peritos durante el curso del presente juicio", valor de las mejoras de todas clases que en su calidad de arrendatario del actor hizo con el conocimiento y expresa autorización del demandado arrendador en el local Nos. 315 y 317 de la carrera 8ª de esta ciudad, local dependiente del edificio Nº 313; al pago de los intereses legales de la cantidad dicha, a partir de septiembre de 1933, junto con las costas del juicio.

Según el libelo, en agosto de 1929 Peraza tomó en arrendamiento a Dávila el local dicho por el término de doce meses, a partir del 1º de septiembre del mismo año, a razón de doscientos cincuenta pesos ($ 250.00) mensuales.

A causa de que el local no era apto para la instalación de un almacén y muestrario de quincallería, loza y otros efectos, que fue la destinación de uso convenida, el arrendador autorizó al demandante para que a costa de aquél efectuara las obras y reparaciones tendientes a obtener el fin dicho. A la vista y conocimiento del arrendador, el demandante dio comienzo a la obra de refacción en el mes de septiembre de 1929, fecha de la entrega del local por el anterior ocupante suyo, obra que consistió en ésto: "Dos vitrinas que ocupaban todo el frente del local; arreglo del piso del mismo en toda su extensión, así: parte con baldosa de piedra labrada, parte con baldosines de cemento y el resto con ladrillo llamado tablón; demolición de dos paredes antiguas que dividían el local, poniendo en su lugar armaduras de madera y de hierro apoyadas en bases de piedra y de consistencia suficiente, no solamente para sostener el cielo raso sino también las correspondientes paredes, de gran espesor, que dividían la edificación del mismo tramo en el segundo piso de la casa; arreglo o recorte de las brancas de las cuatro ventanas que daban al interior de la casa; arreglo y colocación en parte, del cielo raso de todo el local; enlucido del mismo, no solo en el interior sino también en la parte del frente y no sólo lo correspondiente al almacén sino la pared toda hasta las canales, que fue pintada al óleo; modificación de los balcones de las ventanas del segundo piso y correspondientes a las puertas de entrada del local en beneficio de la estética".

En la realización de tales refacciones se emplearon alrededor de tres meses.

La autorización pertinente dada por Dávila, consta en el reconocimiento implícito que aparece hecho en la carta que el 5 de noviembre de 1931 dirigió a Roberto Morales G. y además, esa autorización la dio en presencia de varias personas.

Dávila vendió el local a Roberto Morales G., quien judicialmente obtuvo del actor la

entrega del mismo y procedió a la demolición inmediata de todo el edificio.

Dávila no ha pagado al demandante el valor de las referidas mejoras. Los cobros privados y amistosos hechos al arrendador fueron de resultado inútil para el arrendatario.

En la contestación a la demanda, Dávila negó haber él arrendado el local. Quien celebró el contrato fue el abogado, muerto ya, de la mayor parte de los herederos en la sucesión de Josefina O. de Dávila, por ser aquel local uno de los bienes relictos de ésta. A consecuencia de lo cual negó también haber autorizado a Peraza para la ejecución de las obras que llevó a cabo en una finca que no era de propiedad del demandante cuando se hizo el contrato.

Dávila, como heredero de su madre Josefina Ordóñez de Dávila, sabía que algunos arrendamientos que no pagó Peraza le fueron dejados a éste "en compensación de algunas pequeñas mejoras que dizque realizó en el local, las cuales quedan por cuenta del dueño de la casa".

Sentencia acusada

El Tribunal Superior de Bogotá, el 26 de octubre de 1934, falló en el sentido de desestimar la acción por encontrar probada la excepción de inepta demanda substantiva. Consideró que la súplica principal de ella se funda en que el demandante tiene la condición de arrendador del local mencionado en los hechos del libelo. La prueba que de tal condición correspondía dar al demandante consistió en un documento no estampillado, razón por la cual no puede prestársele mérito alguno, documento en donde no consta que Dávila haya arrendado a Peraza el mencionado local. Al contrario, Peraza dice allí que la finca pertenece a la mortuoria de Josefina Ordóñez v. de Dávila. Además, al aceptar el actor expresamente en el mismo documento "que dará por terminado el contrato el día que se haga la adjudicación al heredero o legatario respectivo", reconoció, con toda claridad, que no recibía el local de Dávila, sino de la mortuoria prenombrada.

Por otra parte, aparece de la hijuela del demandado en la sucesión de su madre, que el local pertenecía en agosto de 1929 a la sucesión ilíquida de Josefina Ordóñez de Dávila, y que la adjudicación de esa finca fue hecha en común a Cecilia Dávila de Precoult y a Carlos Dávila. Todo ello significa que el demandado no celebró "con el demandante el contrato de arrendamiento que se le imputa", y, por lo mismo, aquel carece de "la obligación de responder en tal carácter de las consecuencias de dicho contrato".

"Con todo, como el pleito se falla teniendo en cuenta únicamente la falta de personería del demandado, o sea el que la demanda es inepta, no quiere decir que se desconozca al actor el derecho que puede tener a las mejoras que reclama, si ellas están comprendidas en los casos en que la ley establece tal derecho, y le queda de consiguiente a salvo su derecho para hacerlo valer en la forma que lo crea conveniente.

Contenido del recurso de casación

El demandante, en el recurso de casación que interpuso, acusa la sentencia por la causal 1ª del art. 520 del C. J., como violatoria de ley substantiva.

El Tribunal incurrió en errores de hecho y de derecho tanto en la apreciación de las pruebas conducentes a establecer que fue Dávila quien efectuó el arrendamiento del local, como en la interpretación de ese contrato.

Dado por supuesto que la falta de estampillas en el documento suscrito por Peraza y Dávila reste a aquél todo mérito probatorio, no obstante ser una copia y aparecer, según lo confiesa el demandante en posiciones, que a su original se adhirieron las correspondientes estampillas, es lo cierto que Dávila confesó, en la segunda instancia del pleito, ser verídico el contenido de ese documento copiado literalmente en la respectiva pregunta y ser suya la firma puesta al pie de él.

Por consiguiente, el sentenciador omitió estimar el mérito probatorio de aquella confesión, que reemplaza el documento. Esta falta de apreciación de la prueba condujo a la infracción directa de los arts. 604 y 606 del C. J. e indirecta de los arts. 1494, 1757, 1982 y 1985 del C. C., al aseverar que no aparece acreditada la celebración por los litigantes del contrato de arrendamiento.

El documento, cuyo texto se reprodujo en una de las preguntas de las posiciones, dice así: "Yo Manuel M. Peraza, mayor de edad y vecino de Bogotá, declaro que he tomado en arrendamiento el local número 315 y 317 de la carrera 8ª de esta ciudad, local que hace parte de la casa marcada con el número 313, perteneciente a la sucesión de doña Josefina Ordóñez v. de Dávila. El término del arrendamiento es el de un año contado desde el 1º de septiembre próximo y que vence el 30 de agosto de 1930. El canon mensual de arrendamiento es el de doscien-

tos cincuenta pesos anticipados y pagaderos mes por mes, al señor don Carlos A. Dávila en sus oficinas del Banco Hipotecario de Colombia. Perteneciendo el local arrendado a la mortuoria de la señora Ordóñez v. de Dávila, declaro que el adjudicatario o heredero a quien le sea adjudicado dicho local en la respectiva partición, podrá ponerle término a este contrato en cualquier tiempo, avisando con treinta días de anticipación al suscrito Peraza. Me obligo a devolver el local al vencimiento del contrato a su legítimo dueño, en el mismo buen estado en que lo declaro recibido y me comprometo a no tener en él materias explosivas, húmedas o que puedan perjudicar la solidez del mismo local. Renuncio los términos legales que puedan favorecerme y en caso de desahucio el término para la desocupación será de diez días. Para seguridad de las obligaciones que contraigo en este documento y por todo el término que tenga ocupado el local, doy por fiador solidario a Isidro Barreto Mutis, quien en prueba de que se obliga como tal firma conmigo el presente documento. Agosto dos de mil novecientos veintinueve. Manuel M. Peraza. Carlos A. Dávila. Testigo, Ernesto Sánchez T. Testigo, José M. Córdoba G."

El Tribunal incurrió en error de derecho al considerar que aún en la hipótesis de que el documento pudiese ser admitido como prueba, éste no acredita que Dávila fuera el arrendador del local.

La tesis del sentenciador es la misma del demandado y consiste en que la firma que Dávila puso al pie del documento significa sólo la aceptación de la obligación contraída por Peraza de pagar los precios a Dávila en su oficina.

Sin negar que ese documento sólo contiene las prestaciones de Peraza como arrendatario, "no es menos cierto que su otorgamiento no tenía otra finalidad que la de constatar la celebración de un contrato bilateral conmutativo". De ahí que dada la aceptación por parte de Dávila de tales declaraciones, es natural y lógico colegir que él fue el arrendador y que contrajo las obligaciones que forman los derechos correlativos del arrendatario.

La firma del documento por Dávila es una aceptación tácita pero inequívoca "de todas y cada una de las obligaciones del arrendador y equivale a comprobar que existió entre las partes un acuerdo de voluntades respecto del contrato en donde Dávila tiene el carácter legal de arrendador, porque es obvio que si se hubiera limitado la aceptación de las declaraciones hechas por Peraza sólo a lo referente a la forma de pago, en el mismo documento se habría dejado especial constancia de ello, sea en cuanto a la persona obligada como arrendadora, sea en cuanto al motivo o alcance jurídico de la intervención del demandado.

Además, Peraza cumplió su obligación de pagar los precios mensuales del arrendamiento a Dávila, quien, por el hecho de recibirlos, no sólo concurrió con el arrendatario a la determinación de la cuantía de aquéllos, sino que concedió el uso de la finca, porque, según el art. 1973 del C. C., el pago debe hacerse al arrendador, y, de acuerdo con el 1506, constituyen aceptación tácita los actos que sólo hubieran podido ejecutarse en virtud del contrato.

Dada la naturaleza del contrato de arrendamiento, al aceptar Dávila las obligaciones de Peraza, no puede adquirir solamente derechos. El Tribunal fue llevado por tal error de derecho a infringir, en el sentido de falta de aplicación al caso litigioso, los arts. 1496, 1498, 1603 y 1973 del Código Civil.

Motivos

Las pruebas indirectas, a las cuales pertenecen las que analizó el Tribunal, se subdividen en históricas o representantivas y en críticas o presuntivas. La diferencia genérica de estas dos últimas especies radica en que la deducción resultante del tema de las primeras es un posterius y la que se realiza del tema de las segundas es un prius.

La prueba histórica, en donde no está presente sino representado el hecho, y que es la más común y peligrosa, porque se presta a reflejar como realidad lo que es una simple fantasía, ocupa el término intermedio entre la prueba directa, la cual se identifica con el hecho mismo aseverado, y la prueba crítica, en donde aquél no se halla presente ni representado. Aun cuando su análisis produce mayor fatiga, dada su tipicidad, éste último es preferible a la histórica, debido a la seguridad de sus resultados, y es menos contingente que aquélla, cuyo mal estriba, no obstante ser pronta y fácil, en hacer factible la presentación de la falsedad con caracteres de verosimilitud.

Para formar su criterio, el sentenciador debe ante todo tener en cuenta las reglas que informan el principio procedimental de inmediación en su sentido objetivo o material, para determinar cuál es la relación en que se hallan las pruebas aducidas con los

hechos a probar y cuáles de los medios probatorios debe utilizar.

En este caso, respecto del contrato de arrendamiento, se presenta el fenómeno del concurso probatorio, el cual consiste en que cada prueba basta para acreditar por sí sola el hecho, con independencia de las otras. Cuestión ésta desestimada por el Tribunal, quien confundió aquel fenómeno con el de la acumulación de pruebas. En éste, cada prueba no se enlaza inmediatamente al hecho por probar, sino que para acreditarlo se requiere el concurso de todas ellas, de tal manera que unas operan por intermedio de las otras, como en una especie de cadena.

Tanto el documento como la confesión son pruebas históricas. Para la inteligencia de la cuestión a decidir en este recurso, se procedó al examen sucesivo de las dos pruebas: documento escrito por Peraza y confesión de Dávila, a fin de determinar si ambos medios de prueba, independientemente uno de otro, sirven para acreditar la celebración por los litigantes del contrato de arrendamiento.

Desde el punto de vista de su autor, como energía que ha creado una cosa, el documento es producto de la labor del hombre. Por consiguiente su autor, para los efectos probatorios, puede ser, no sólo quien materialmente lo elabora, sino también la persona por cuya cuenta se hizo.

Por lo general, la firma del documento escrito tiene una función indicativa o declarativa, en el sentido de que su autor es la persona que lo formó o lo hizo realizar por su cuenta.

Pero la firma también significa haber recibido la declaración que otro ha documentado.

Por su contenido, el documento unas veces expone el estado de la cosa, otras lo modifica. En el primer caso su objeto es de verdad, en el segundo de voluntad.

En todos los documentos de voluntad se distingue siempre su contenido de su forma material, porque aquel es un acto y ésta una cosa. El escrito, que es uno de los elementos del continente del documento, sólo presenta la declaración, la cual consiste en escribir.

Ahora bien. De los elementos constitutivos de un documento escrito, los dos que se han analizado fueron probados también por medio de la confesión de Dávila, puesto que éste manifestó en posiciones ser cierto el hecho afirmado por Peraza, hecho que le perjudica, a saber: Haber firmado un documento cuyo contenido consiste en la declaración del demandante de que tomó en arrendamiento, a razón de doscientos cincuenta pesos ($ 250.00) mensuales, el local números 315 y 317 de la carrera 8ª, perteneciente a la sucesión de Josefina Ordóñez v. de Dávila, por el término de un año, a partir del 1º de septiembre de 1929, facultando al adjudicatario de la finca para ponerle término al contrato en cualquier tiempo, previo un desahucio de 30 días.

El reconocimiento de su firma hecho por Dávila significa que éste recibió la declaración formulada por Peraza.

De acuerdo con el art. 1297 del C. C., se presume que Dávila, en su calidad de heredero, como hijo legítimo de la de cujus, era administrador de los bienes relictos y esta presunción, que favorece al actor, no la desvirtuó el demandado.

Es acto clásico de administración el arrendamiento de una finca. El texto mismo de la declaración de Peraza suscrito por Dávila, está indicando de manera inequívoca que el arrendador se abstuvo de contratar como propietario absoluto.

Dávila afirma que Peraza contrató con el abogado de la mayor parte de los herederos en el correspondiente juicio de sucesión de la de cujus. La constitución de un mandatario judicial no impide a los herederos mandantes administrar el patrimonio herencial, por cuyo motivo, ni siquiera en la hipótesis de que Dávila hubiera probado su afirmación al respecto, tal circunstancia habría sido suficiente para desvirtuar la presunción dicha.

El Tribunal incurrió en error de derecho al afirmar que, frente a las declaraciones de Peraza aceptadas por Dávila, relativas a la terminación del contrato y al reconocimiento de que la finca pertenece a la mortuoria de Josefina Ordóñez v. de Dávila, el arrendador no fue demandado sino aquella mortuoria. Semejante razonamiento conduce al resultado implícito pero inequívoco de considerar persona jurídica a la sucesión universal.

El contrato de arrendamiento probado en este pleito, carecería de un sentido decisivo

para el derecho, al concluír, como lo hizo el Tribunal, que las declaraciones de Peraza no son vinculantes para Dávila.

La explicación que Dávila da al hecho de haber firmado el documento elaborado por Peraza, o sea de que con ello sólo pretendió expresar su voluntad de recibir los precios de los arrendamientos, no es suficiente, porque a la luz de las máximas de la experiencia y de los usos del tráfico, aparece inexplicable que el actor se obligara a entregar esos precios a persona distinta del arrendador, sin la correspondiente aclaración al respecto.

El medio es, como los dos analizados, el otro factor constitutivo de un documento. Todos los materiales conocidos sirven para su formación. Cuando el medio que usamos es el de la escritura, se dice que el documento es indirecto, porque entonces lo que hacemos es reflejar en éste las impresiones de nuestro cerebro. Esta es la razón que explica por qué el contenido de un documento escrito se puede acreditar, salvo las limitaciones provenientes de causas ajenas, por medio del testimonio, una de cuyas especies es la confesión.

En virtud de que el proceso civil tiene por fin el cumplimiento del deber judicial del Estado, de tutelar jurídicamente al demandante, definiendo la existencia de su derecho en caso de que éste exista, para desestimar como prueba un documento mal estampillado o sin estampillar, aplicando el art. 6º del Decreto Legislativo Nº 92 de 1932, se debe previamente disponer lo conducente a su revalidación fiscal, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 13 de ese mismo decreto. De modo, pues, que no es jurídico decretar las sanciones del art. 6º sino ante la renuencia del interesado a efectuar la revalidación fiscal del documento. Sin embargo de lo dicho, la Corte considera que en éste, como en otros muchos casos, lo injurídico puede no ser ilegal y por lo tanto se abstiene de reconocerle al documento el mérito probatorio que le negó el Tribunal, apoyado en un precepto positivo.

Demostrados como quedan los errores manifiestos del Tribunal al negarle fuerza de plena prueba a la confesión de Dávila sobre la existencia del contrato de arrendamiento afirmado por Peraza, y al interpretar ese contrato dándole un alcance extraño, procede la casación del fallo, por los motivos que adujo el recurrente.

Sentencia de instancia

La declaración de voluntad hecha por Peraza y confesada por Dávila se dirige, dado su contenido, a provocar la constitución de una relación jurídica de arrendamiento, la cual, para que pudiera surtir sus efectos, requería que se hiciera hacia una persona a quien afectara. Esa declaración de voluntad fue considerada como una oferta, porque con la simple aceptación de ella se obtenía el acuerdo sobre la totalidad del contrato.

La oferta y la aceptación pueden ser simultáneas y entre ellas no existe ninguna diferencia específica. Todo contrato, por su esencia, contiene declaraciones de voluntad recíprocas y correlativas. A éstas, independientemente de su procedencia, se las denomina aceptación, y a aquéllas, oferta.

Ya se dijo que Dávila, en su calidad de heredero de Josefina Ordóñez v. de Dávila, era administrador de los bienes relictos, por cuyo motivo podía, válidamente, aceptar la oferta de Peraza, y en efecto, así lo hizo, desde luégo que con su firma, puesta al pie del documento, dio realidad a la voluntad del negocio. El art. 2325 del C. C. reviste de fuerza vinculante para el comunero a las obligaciones contraídas por él en pro de la comunidad. Además, el consentimiento de Dávila se corrobora con la conducta observada por él en la ejecución del contrato de arrendamiento.

Si bien es cierto que cuando el contrato consta por escrito, se presume que el acuerdo de las partes versa solamente sobre el contenido del documento y que por lo tanto las estipulaciones verbales distintas que hayan precedido o acompañado a aquél deben ser probadas por quien las afirma, no lo es menos que basta a una declaración de voluntad dirigirse a producir válidamente las consecuencias legales inmediatas para que el ordenamiento jurídico decrete junto a ellas los efectos accesorios y mediatos.

Peraza probó la coincidencia de su oferta y la aceptación de ella, porque aquélla está estructurada, no como un acto preparatorio del contrato, sino como la declaración contractual misma. Probó igualmente, con las declaraciones de las personas que en su calidad de obreros, de directores de la obra, de interventores del Municipio de Bogotá, participaron en ella, su realización y también el tiempo empleado, o sea hasta fines de noviembre de 1929. Y, por último, logró acreditar que tales obras se llevaron a cabo con conocimiento del arrendador.

Pero para pronunciar condena no es suficiente el hecho del conocimiento por parte del arrendador de las obras que efectuó Peraza en el local arrendado. La subsunción de este caso en el art. 1985 o en el 1993 del Código Civil no puede hacerse sino mediante la prueba —que no se adujo— de que las reparaciones fueron necesarias para adaptar la finca al uso a que contractualmente se la destinaba. Tampoco procede subsumirlo en el art. 1994 ibídem, debido a que el actor no demostró ninguna de estas circunstancias: Que Dávila hubiera consentido en las mejoras con expresa condición de abonarlas; que hubiera estado dispuesto a pagar al actor el valor de los materiales considerándolos separados, o que el derecho para separar y llevarse los materiales sin detrimento de la cosa arrendada no pudo ejercitarlo el demandante por culpa del demandado.

Resolución

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, casa la sentencia que el 26 de octubre de 1934 profirió el Tribunal Superior de Bogotá, y en su lugar resuelve:

Absuélvese al demandado, Carlos A. Dávila, de los cargos de la demanda.

Sin costas.

Cópiese, publíquese y notifíquese. Insértese copia de esta providencia en la GACETA JUDICIAL.

Antonio Rocha, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J., Eduardo Zuleta Angel, Juan Francisco Mújica. Emilio Prieto Hernández, Srio. int.

ACCIONES DE RESOLUCION DE UN CONTRATO Y DE RESTITUCION DE UNA FINCA

El artículo 2177 del C. C. autoriza al mandatario para que, aun en el ejercicio de su cargo, contrate en nombre propio; y en el caso de contratar así no obliga al mandante respecto de terceros; aunque el texto no declare que el mandante no adquiera derechos correspondientes a obligaciones exigibles de terceros, no es menos cierto que esto último se desprende de principios y preceptos legales ante los cuales la advertencia o declaración textual es innecesaria. Si el mandante no es obligado para con terceros, cuando el mandatario contrata en nombre propio, no habría razón de equidad para que, faltando esta contraprestación, se confirieran sin embargo derechos contra los terceros a ese mandante. Nuestra jurisprudencia cuenta con repetidos fallos de la Corte que distinguen como es debido entre la situación del mandatario ante los terceros con quienes contrató en nombre propio y ante el mandante y en que, al tiempo que reconocen la existencia de los derechos y obligaciones recíprocos que entre estos dos crea el mandato y que de éste y su desempeño se derivan, establecen que ante las personas con quienes el mandatario contrató en nombre propio tiene éste la responsabilidad y también todos los derechos correspondientes al contrato y a la calidad personal con que para con ellos o ante ellos procedió al celebrarlo. Tanto el artículo 1546 como el 1930 del Código Civil requieren la mora para que se produzca la acción resolutoria, al punto de que cuando una de las partes contratantes demanda a la otra para que se declare resuelto el contrato, si tal se declara, esto forzosamente implica que el juzgador parte de la base y procede en el concepto de estar en mora en sus respectivas obligaciones el contratante demandado.

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

(Magistrado ponente, Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

Va a decidirse el recurso de casación interpuesto por los demandados en el juicio ordinario sobre resolución de un contrato y sobre otros puntos seguido por Guillermo Restrepo Uribe contra Alberto Acosta Ortega y Andrés Santodomingo Navas, vecinos todos de Bogotá.

Antecedentes

Se resumen en lo atañedero al pleito y en especial al presente recurso, como pasa a verse en orden cronológico para mayor claridad:

1º El 30 de julio de 1924 firmaron Restrepo Uribe y Ernestina Rodríguez, ella como deudor y él como fiador, un documento privado en que se obligaron a pagar a Enrique Camacho Leiva los $ 3,323.52 establecidos allí como saldo en favor de este señor y a cargo de ella por razón del negocio de leche allí citado, con plazo de un semestre contado desde el 1º del subsiguiente agosto e intereses mensuales del 1½% y 1½%, respectivamente, en plazo y mora.

2º En 1925, por escrituras de 7 de enero y 3 de febrero, compró Restrepo Uribe a José Eidelmann los lotes de terreno del barrio de Chapinero de esta ciudad que una y otra determinan, por precio que se declara allí pagado íntegramente por el comprador.

3º El 9 de octubre de 1926 se otorgaron ante el Notario 2º de Bogotá estas escrituras:

a) Nº 2460, por la cual Ernestina Rodríguez confiere poder general a Francisco Sáenz Arbeláez y Alberto Acosta Ortega, con facultad especial para comprar la hacienda de "Murca", y

b) Nº 2464, por la cual Pedro León Acosta y su señora confieren poder especial a dicho Sáenz Arbeláez para vender la misma hacienda.

4º El 18 de ese mes (octubre de 1926), en esa Notaría (2ª), se otorgaron estas escrituras:

a) Nº 2528, por la cual Sáenz Arbeláez sustituye en Alberto Acosta Ortega el poder de Pedro León Acosta que acaba de citarse;

b) Nº 2529, por la cual Acosta Ortega, en desempeño de este mandato, vende la hacienda de "Murca" a Ernestina Rodríguez, representada en este acto por dicho apode-

rado Sáenz Arbeláez, por precio pagadero como allí se discrimina.

c) Nº 2530, por la cual Restrepo Uribe vende a Acosta Ortega los aludidos lotes de Chapinero, con declaraciones sobre precio que se detallarán adelante, por ser cardinal tema de este litigio.

5º El 21 de los mismos mes y año (octubre de 1926), en dicha Notaría 2ª vendió algunos de esos lotes Acosta Ortega al prenombrado Sáenz Arbeláez, en escritura Nº 2567, por precio íntegramente pagado por el comprador, al decir de ese instrumento.

6º El 21 de diciembre de 1926, por escritura Nº 3165, en esa Notaría, el general Pedro León Acosta y Sáenz Arbeláez, éste como apoderado de Ernestina Rodríguez, declararon resuelta la citada compraventa de "Murca" y, extendiendo sus declaraciones a la citada Nº 2530, agregaron que los lotes vendidos por Restrepo Uribe a Acosta Ortega son del general Acosta y quedan de él, pero que los vendidos por Acosta Ortega a Sáenz Arbeláez siguen siendo de éste.

7º El 13 de mayo de 1927, por escritura Nº 920, ante el Notario 4º de Bogotá, Acosta Ortega trasfirió a Andrés Santodomingo Navas los aludidos lotes de Chapinero comprados a Restrepo Uribe, menos los de Sáenz, en cambio de la casa de la calle 20 de esta ciudad, que Santodomingo le trasfirió en permuta (a su tradente Acosta Ortega).

8º Pedro León Acosta vendió la hacienda de "Murca" a Cornelio Miranda, en escritura Nº 2570, el 25 de agosto de 1927, ante dicho Notario 2º

9º En el Juzgado 4º Civil de este Circuito se dictó mandamiento ejecutivo a cargo de Restrepo Uribe y a favor de Pedro Camacho Gutiérrez, en su condición de heredero de Enrique Camacho Leiva, por el principal y el total de intereses estipulados desde el citado primero de agosto, al tenor del referido documento privado, y se intimó a Restrepo ese mandamiento y se decretó embargo y depósito de bienes, en septiembre de 1927, respectivamente, con fechas 5, 14 y 19.

10º El 26 de agosto de 1929 se repartió el libelo inicial del presente juicio en que, por medio de apoderado, Restrepo Uribe, en nombre propio y para sí demanda la resolución de la citada compraventa celebrada entre él y Acosta Ortega el 18 de octubre de 1926 en escritura Nº 2530 y pide también la entrega de los mismos lotes transferidos por éste a Santodomingo Navas, señalando como demandados a éste, en su calidad de poseedor actual, y a aquél, en la de comprador, a que se agrega la aceptación por el Juzgado, de la denuncia del pleito hecha por Santodomingo a su tradente.

11º El Juzgado 1º Civil de este Circuito sentenció el 6 de Mayo de 1931 absolviendo a los demandados y condenando en costas al demandante, por conceptuar que a éste no asiste la acción incoada.

12º Apelada por él esa sentencia, el Tribunal dictó en segunda instancia la de 25 de junio de 1934, materia del presente recurso de casación, en la que, revocando la del Juzgado, declara la resolución pedida y condena a Acosta Ortega a pagar los perjuicios, sobre la estimación que se les dio en el curso del pleito, y a Santodomingo Navas a entregar los aludidos lotes libres de gravamen impuesto por él, así como a pagar los frutos a partir de la contestación de la demanda.

13º Los causahabientes (viuda y herederos) de este demandado, muerto durante la segunda instancia, acreditando este hecho y sus respectivas calidades aludidas, confirieron poder para la casación, y su abogado ha fundado el recurso, a más de lo cual el del otro demandado lo fundó también separadamente.

Como las dos alegaciones coinciden en gran parte, habrán de estudiarse ellas conjuntamente, sin perjuicio de estudiarse también lo que es especial a cada una, antes de lo cual precisa indicar cuáles fueron el sentido y fundamentos de la sentencia recurrida.

Ante todo ocurre exponer un detalle, que ha sido decisivo en la litis. La cláusula segunda de la escritura en que se solemnizó la compraventa aquí discutida, dice: "Que el precio de esta venta es la cantidad de seis mil quinientos pesos ($ 6,500), moneda corriente, en dinero que el exponente confiesa tener recibido de manos del comprador a su satisfacción".

Y al final del mismo instrumento se lee: "Advierte el exponente que una finaza por cuatro mil pesos a favor de Enrique Camacho Leiva queda a cargo de Acosta Ortega, quien se compromete a responder por ella".

El demandante aduce como causal de la resolución demandada que el comprador faltó a su obligación asumida en esta cláusula final, y añade que, constando ella en la citada escritura, afecta a terceros.

El demandado Acosta Ortega sostiene que aquella acción no existe, porque la trascrita cláusula segunda declara cuál es el precio y hace ver que quedó íntegramente pagado y él no tenía más obligación como comprador. Cuanto a la cláusula final, alega que asumió la responsabilidad indicada sobre la base o con la condición de que el acreedor Camacho aceptase el cambio de fiador y que esta condición no se cumplió. Agregan, tanto él como el doctor Santodomingo, que aquella declaración de estar pagado el precio, impide que la acción, aunque existiera, tuviera alcance contra éste.

Quedan brevemente resumidas las alegaciones pertinentes que se adujeron por las partes al formular y responder el libelo de demanda.

En el curso del pleito, esto es, con posterioridad al establecimiento de la relación jurídico-procesal a que acaba de aludirse, o sea, a la litis contestatio, calificada de cuasicontrato habitual y desacertadamente, sobrevinieron estas otras alegaciones:

a) Restrepo no era el dueño de los lotes, que en realidad no compró con su dinero ni para sí, sino Ernestina Rodríguez, con cuyo dinero y para quien hizo él las citadas compras, y tampoco vendió Restrepo por sí ni para sí sino por y para la misma Ernestina. De ahí deduce la parte demandada, y con ella dedujo el Juzgado al sentenciar, que a Restrepo Uribe no le asiste la acción resolutoria, que es del vendedor y no del que en los aludidos contratos lo representó, por lo cual no es admisible que el mero representante para la venta se presente ejercitando por sí y para sí, como aquí se formuló la demanda, la acción resolutoria.

b) Acosta Ortega no compró para sí sino para su mandante el general Pedro León Acosta; de manera que si la acción resolutoria fuese procedente, de ella habría de responder no el mandatario, sino el mandante, que fue el comprador.

Como de paso quedó ya dicho, la sentencia de primera instancia acoge la alegación que acaba de resumirse referente a la personería sustantiva de Restrepo, y agregando innecesariamente algunas consideraciones inaceptables por lo que aquí se verá adelante acerca de la situación del poseedor actual, absuelve a los demandados y condena a aquél en las costas del juicio, sin lugar —por virtud de aquel concepto sobre personería del demandante— a entrar en el estudio de la acción misma.

El Tribunal encontró inadmisibles esas alegaciones sobre personería, y conceptuando que no puede dejar de considerarse vendedor y comprador a quienes en el instrumento de compraventa aparecen con estas calidades, entró en el estudio de la acción resolutoria para concluír que efectivamente el comprador faltó a sus obligaciones y declarar consecuencialmente la resolución demandada, con alcance contra terceros, por constar esas obligaciones en aquella escritura pública. Y en tal virtud, declarando la resolución, condenó al comprador Acosta Ortega a pagar perjuicios, en la cantidad fijada en el curso del pleito como valor de ellos, y al poseedor actual Santodomingo Navas a entregar los lotes libres de gravamen impuesto por él y con los frutos a partir de la contestación de la demanda.

Motivos

Se invocan tres de los establecidos por el art. 520 del C. J., a saber: el 1º, el 3º y el 8º

Este último, o sea, haberse incurrido en nulidad no saneada, se hace consistir en lo antedicho acerca de la personería de las partes, pues, según el demandado, Acosta Ortega, no es él, sino que sería su mandante y verdadero comprador en dicho contrato con Restrepo, quien habría de responder de la acción resolutoria ejercitada por éste, y no es éste, sino Ernestina Rodríguez quien podría ejercitar en su caso esa acción; de suerte que, en concepto del recurrente, todo el juicio es nulo, por esa falta de personería y la de saneamiento o ratificación por los verdaderos interesados, de conformidad con el art. 448 del C. J.

Hace el recurrente, en el capítulo de su demanda de casación que se está estudiando, una lista de los elementos probatorios que en su entender demuestran lo que afirma sobre personería de Restrepo, incluyendo la confesión de él de no haber sido suyos sino de Ernestina los lotes en referencia y no haber procedido a otorgar la escritura de venta en favor de Acosta Ortega sino con orden expresa y escrita de ella; y que Acosta, por su lado, no adquirió para sí sino para su prenombrado mandante, y complementa el recurrente el cargo con el de errónea interpretación de tales pruebas que condujeron al Tribunal a violar las pertinentes disposiciones sustantivas.

Acusa igualmente por violación de las disposiciones sobre pruebas (C. C., arts. 1757 y 1759 y C. J., arts. 602 a 608), en lo relativo a las a que se acaba de aludir.

De los varios cargos que formula dentro del motivo primero del citado art. 520 del C. J., hay uno que debe estudiarse junto con el motivo sexto (nulidad), porque se deriva de la misma fuente de que se viene hablando, o sea, de las citadas representaciones de Restrepo respecto de Ernestina Rodríguez y de Acosta Ortega respecto de Pedro León Acosta.

En efecto, esta acusación consiste en violación, ya por errónea interpretación, ya por no haberlos aplicado, de los arts. 2177, 2149 y 2150 del C. C., por cuanto el Tribunal desconoció esos mandatos procediendo a reconocer a Restrepo, mero mandatario de Ernestina, una acción que sólo a ésta corresponde, y por cuanto condena a Acosta Ortega, mero mandatario de Pedro León Acosta, a prestaciones que, en su caso, sólo a éste corresponderían.

Aun aceptando las afirmaciones de los recurrentes sobre que la intervención tanto de Restrepo Uribe como de Acosta Ortega en su citada compraventa de los lotes de Chapinero no fue personal de cada uno para sí sino de aquellas otras personas para quienes prestaban ellos su nombre, ello es que este hecho no aparece mencionado remotamente ni siquiera sugerido en la escritura pública respectiva (la N° 2530 de 18 de octubre de 1926), ni consiguientemente en los libros de registro. Es verdad que el art. 2177 del C. C. autoriza al mandatario para que, aun en el ejercicio de su cargo, contrate en nombre propio; y es verdad que en el caso de contratar así no obliga al mandante respecto de terceros, y que no declara textualmente que el mandante no adquiera derechos correspondientes a obligaciones exigibles de terceros. Pero no es menos cierto que esto último se desprende de principios y preceptos legales ante los cuales la advertencia o declaración textual es innecesaria.

El art. 356 del C. C., por ejemplo, que autoriza al comisionista para obrar en nombre propio o en el de su comitente y que advierte que en caso de duda se presume haber contratado en su propio nombre, se complementa con el 357, según el cual, obrando en nombre propio, "se obliga personal y exclusivamente a favor de las personas que contratan con él, aun cuando el comiente se halle presente a la celebración del contrato, se haga conocer como interesado en el negocio o sea notorio que éste ha sido ejecutado por su cuenta".

El art. 360 establece que el comitente carece en tal caso de acción directa contra los terceros, aunque sin embargo pueda compeler al comisionista a que le ceda las adquiridas por éste contra ellos. Y el 374, tras establecer que sólo el comitente puede reclamar por violación de las órdenes impartidas por él al comisionista, añade: "Este y los terceros que hubieren contratado con él, en ningún caso podrán prevalerse de la infracción como un medio de nulidad".

No se quiere con estas citas decidir por el Código de Comercio un contrato que no es de este ramo ni aparece celebrado entre comerciantes; ni es que a favor de la autorización que diera el art. 8° de la ley 57 de 1887 se estén aplicando esas disposiciones; simplemente se aducen como respaldo del concepto antedicho, según el cual nuestras leyes contienen disposiciones expresas que ajustan los casos de esta clase a lo que de suyo determinarían conocidos principios jurídicos.

Si el mandante no es obligado para con terceros cuando el mandatario contrata en nombre propio, no habría razón de equidad para que, faltando esta contraprestación, se confirieran sin embargo derechos contra los terceros a ese mandante. Por otra parte, hasta sobra observar que como el mandato le crea todos los derivados de éste a cargo del mandatario, la carencia de derecho contra los terceros no lo deja desprovisto en absoluto.

Claro es que no se está hablando de los casos en que el contrato ha pasado a ser del mandante ante los terceros por las declaraciones pertinentes del mandatario, sino de un caso, como es el presente, en que el mandante (Ernestina Rodríguez), que autorizó *ab initio* a Restrepo para aparecer adquiriendo para sí y que lo autorizó después a aparecer enajenando por sí, nada ha reclamado al respecto, ni ha cedido a Acosta Ortega las acciones que a ella asistieran.

Restrepo compró para sí y vendió por sí los lotes de Chapinero, prestando su nombre a Ernestina Rodríguez, al decir de los demandados en este pleito. Lo capacitó al efecto la voluntad de ella. No hay comprobante o dato sobre retiro o cesación de esta voluntad. En pie, pues, se halla la calidad de vendedor por sí mismo de que a Restrepo invistió Ernestina y de que sólo ella podría haberlo privado. No puede, por lo mismo, considerarse desaparecida en este proceso la calidad de vendedor con que él se ha presentado a ejercitar una acción que en verdad sólo al vendedor corresponde.

Estas consideraciones bastan a rechazar los cargos atrás enumerados, sin lugar a

discriminar las pruebas aludidas de cuya errónea apreciación se acusa al Tribunal, lo que sería hasta improcedente. En efecto: la prosperidad del recurso requeriría, no simplemente el reconocimiento de los referidos mandatos, sino que de ello se derivara la carencia de personería que pretenden derivar los recurrentes. Y queda visto que, aun dando por demostrados los mandatos de Ernestina a Restrepo y de Acosta a Acosta Ortega, no es posible legalmente deducir de ahí en este proceso que Restrepo no se considere como vendedor y que a Acosta Ortega se le considere exento de las obligaciones que asumió personalmente, sin aludir siquiera a la calidad de mandatario que pone de presente en este pleito, y no en la contestación de la demanda, en la que aparece afrontándolo en nombre propio, como en nombre propio aparece comprando los lotes y también después al enajenarlos, unos en venta por precio que él recibe, y otros en permuta por casa que adquiere para sí.

Por otra parte, no es que el Tribunal desestime las pruebas con que los demandados afirman estar comprobados los mandatos, sino que niega la posibilidad legal de que por obra de éstos desaparecieran las personas del vendedor Restrepo y del comprador Acosta Ortega que como tales contrataron en nombre propio y que de idéntica manera trabaron el presente litigio, para reputarlos sustituídos por Ernestina Rodríguez y Pedro León Acosta.

No hubo, pues, lugar a que el Tribunal, para dictar su fallo como lo dictó, apreciara erróneamente esas pruebas; ni lo hubo tampoco para que violara las disposiciones sobre mandato citadas por los recurrentes, puesto que, repítese, el fallo no obedece a que los mandatos se desconocieran, sino a que el Tribunal conceptuó que aún reconocidos, no podrían producir en el presente pleito los resultados a que los recurrentes aspiran.

Queda visto que éste es también el concepto de la Corte.

Lo dicho basta para rechazar los cargos ya enumerados. Por lo mismo no es el caso de estudiar las alegaciones de Acosta Ortega sobre que en su compra a Restrepo no hubo este contrato efectivamente sino una dación en pago que Ernestina Rodríguez hacía con los lotes a Pedro León Acosta de perjuicios causados por ella a este señor, en razón o con motivo de la compra por ella de la hacienda de "Murca", alegación a la verdad sorprendente, siendo así que la compra de "Murca" por Ernestina y la venta de los lotes por Restrepo se celebraron, por decirlo así, en un mismo acto, ya que las respectivas escrituras llevan los números 2529 y 2530 y ambas son de 18 de octubre de 1926 y de una misma Notaría (la 2ª de Bogotá).

Para mayor claridad no se cierra el presente capítulo sin advertir que si efectivamente hubo mandato de Ernestina a Restrepo, ellos dos y no personas extrañas a ellos serán quienes determinen, arreglen y en su caso, contiendan sobre el cumplimiento o incumplimiento de ese mandato, cuentas, etc.; y que los terceros extraños a ese mandato no pueden prevalerse ni de la existencia de éste ni de su incumplimiento para esquivar obligaciones contraídas personalmente con quien, hubiera o no ese mandato real o supuesto, contrató en nombre propio. Y del propio modo las cuestiones atañederas al mandato entre los señores Acostas padre e hijo son para ventiladas entre ellos dos y en su lugar y día. Se anota una vez más que el presente pleito no versa sobre esos mandatos en sí ni sobre esas relaciones y consecuencias entre cada mandante y mandatario, sino sobre un contrato de compraventa celebrado en nombre propio tanto por el vendedor como por el comprador, esto es, con abstención o separación de todo mandato real o supuesto que cada uno de ellos tuviera de otra u otras personas.

Las razones de fondo en cuya virtud, según queda visto, tales mandatos, aun dándolos por existentes y comprobados, no pueden producir el resultado que sería indispensable para la prosperidad del recurso, hacen innecesario también estudiar el problema de si en fuerza de los arts. 341 y 343 del C. J., cabría admitir el cambio de actitud y de personería ocurrido respecto del demandado Acosta Ortega y consistente en que en el curso del pleito aduce él como excepción lo ya estudiado aquí respecto de mandato y al contestar la demanda y dejar trabada así la litis contestatio obró en nombre propio, sin invocar esa representación de tercero ni aludir siquiera a ésta.

La obra de Planiol y Ripert Traité Practique de Droit Civil Francais, en su detenido estudio del mandato, consagra capítulo especial a aquél en que una persona figura contratando en nombre propio cuando en realidad lo hace por otro a quien así presta su nombre. De ahí que a la respectiva con-

vención entre quien así procede y el verdadero interesado le llame prête nom, palabra con que también se designa a esa intrepuesta persona y que corresponde al vocablo español testaferro, de procedencia italiana.

En esa obra (Tomo XI, pág. 863 y siguientes) se hallan conceptos cuya singular pertinencia al caso del presente litigio conduce a la Corte a traerlos aquí a cuento, trascribiendo unos y resumiendo otros, a saber:

"La convención del prête-nom es un mandato en el cual se conviene en que el mandatario disimulará su calidad de tal respecto de terceros y se presentará obrando en nombre propio. El mandante oculta así a los terceros que las operaciones proyectadas se hacen por su cuenta, sea porque desea no ser conocido por sus contratantes, el público o el fisco, sea porque quiere evitar, poniéndolas en nombre de otro, la prohibición bajo la cual está él en sí de ejecutar tales operaciones".

"El prête-nom obedece a las reglas de los actos simulados: no es, pues, de suyo ilícito. Nada obliga a mandante y mandatario a hacer públicas sus relaciones. Los terceros no pueden quejarse de la simulación cuando no los lesiona un interés legítimo. Se podría creer, sin embargo, que en fuerza de máxima conocida no se pueda emplear a la interpuesta persona en una acción ante el Poder Judicial. Pero la jurisprudencia ha rechazado la objeción alegando que esa persona no es un procurador, puesto que obra por sí mismo en el sentido que la condenación se pronunciará personalmente en favor o en contra de él; poco importa, se agrega, que se halle comprometido con un tercero a trasladar a éste en seguida los efectos de esa condenación. Así, pues, la máxima, aunque teóricamente sostenida, se ve privada de casi todo efecto práctico".

Entran en seguida en consideraciones relativas a los casos en que la convención sea nula, ya por serlo la operación proyectada, ya porque mire la interposición de persona a esquivar la ley o, en general, a cometer un fraude, como burlar disposiciones fiscales, o frustrar derechos de terceros, etc., y advierten que en todos los casos en que el prête-nom es nulo, el acto ejecutado por la interpuesta persona es igualmente nulo. Los terceros de buena fe interesados pueden invocar libremente la nulidad y demostrar la simulación por todos los medios probatorios; y, por el contrario, esa nulidad no podría invocarse por las partes contra los terceros de buena fe víctimas de la simulación fraudulenta.

"Los terceros que contratan sin fraude con la interpuesta persona tienen siempre a ésta como deudor. No solamente las reglas generales sobre simulación les permiten estar a la situación aparente, sino que, además, las formas del compromiso de aquél implican necesariamente que da su garantía personal para el cumplimiento de las obligaciones contraídas. Es la solvencia de la interpuesta persona lo garantizado por las cauciones y es contra la interpuesta persona contra quien se pronunciará la resolución del contrato en caso de inejecución de las obligaciones contraídas por él; la garantía implícita dada por él lo compromete aun en los casos en que los terceros han conocido su calidad".

"Inversamente, los terceros que han contratado con la interpuesta persona no pueden, en principio, rehusarle el beneficio personal de las estipulaciones que ha hecho: si aparece como comprador, es a él a quien deben entregar la cosa; si aparece vendedor, es a él a quien deben pagar el precio, con tal que la apariencia de su derecho de propiedad resulte de su posesión si se trata de muebles, o de actos simulados si se trata de otros bienes; y es en provecho de esa interpuesta persona como se pronunciará la condena, caso de pleito, y en su beneficio como se fijará su colocación si se presenta en un proceso de prelación o de contribución con los títulos que aprovechan en realidad a su mandante. En todos estos casos los terceros no tendrán interés alguno en desenmascarar la simulación: cambiarían sin duda de acreedor, pero sus obligaciones permanecerían las mismas; de ahí que se les niegue la acción sobre declaración de la simulación. La recobrarían si tuvieran en ello un interés legítimo, en cuanto la existencia del mandato se les hubiera ocultado para causarles un perjuicio ilegítimo".

"Fuera de este último caso, nada impide la compensación legal entre la interpuesta persona y los terceros con quienes ha contratado".

Todo esto supone que la interpuesta persona, ajustándose al contrato que lo vincula al mandante, obra en su propio nombre y no en el de éste, porque en este último caso no se obligaría a sí mismo, y no obligaría a aquél sin tener mandato aparente.

"Los terceros han contratado con la interpuesta persona que han aceptado libremente como único deudor; no tienen, pues, acción contra el mandante aún si, al con-

tratar, han conocido o sospechado la existencia del mandato. La acción para que la simulación se declare no les asistiría sino en cuanto el mandato les hubiera sido disimulado con la intención de fraude. Todos los medios probatorios les estarían abiertos para eso".

"Estas soluciones deben sostenerse aun en el caso de que la interpuesta persona, después de haber contratado, haya revelado la existencia de su mandato. Sin embargo, por una convención expresa o tácita entre los tres interesados —mandante, mandatario y tercero contratante— los efectos de un mandato ordinario pueden sustituirse a los del prête-nom, aún después de ejecutado el acto, el cual deja entonces de producir sus efectos entre la interpuesta persona y el tercero para producirlos directamente entre éste y el mandante".

"Si el tercero contratante no tiene en principio acción contra el mandante, con mayor razón éste no la tiene contra aquél, que jamás lo ha aceptado como acreedor. Esto, naturalmente, no impide que después de la rendición de cuentas la interpuesta persona le ceda válidamente las acciones adquiridas contra sus cocontratantes."

También nuestra legislación contiene la referida distinción entre los casos en que medie y los en que no medie causal de nulidad por ilicitud de objeto u otro motivo. Así, por ejemplo, mientras el citado art. 2177 del C. C., autoriza que el mandatario obre en nombre propio, aun en ejercicio de su cargo, con lo que implícitamente se afirma la licitud del procedimiento, el art. 1023 de la misma obra, al prohibir la asignación testamentaria a un incapaz y declararla consiguientemente nula, agrega: "aunque se disfrace... por interposición de persona".

No sobrará recordar que nuestra jurisprudencia cuenta con repetidos fallos de esta corporación que distinguen como es debido entre la situación del mandatario ante los terceros con quienes contrató en nombre propio y ante el mandante y en que, al tiempo que reconocen la existencia de los derechos y obligaciones recíprocos que entre estos dos crea el mandato y que de éste y su desempeño se derivan, establecen que ante las personas con quienes el mandatario contrató en nombre propio tiene éste la responsabilidad y también todos los derechos correspondientes al contrato y a la calidad personal con que para con ellos o ante ellos procedió al celebrarlo.

El hecho de no ser interesados por sí mismos, sino meros testaferros —de la Rodríguez el demandante Restrepo y de su parte el demandado Acosta Ortega— es la alegación cardinal de la defensa en las instancias y del ataque en casación, tanto de éste como de su codemandado y correcurrente.

Así se explica que el presente fallo se haya detenido tan largamente en el estudio de este tema, a la verdad interesante.

Otro de los cargos que dentro del primer motivo del art. 520 del C. J. se formulan contra la sentencia aquí recurrida, es el de violación del art. 1608 del C. C., por haber dejado de aplicarlo, debiendo aplicarse, en cuanto Acosta no está en mora, y en cuanto, por otra parte, declarar la resolución demandada implica el concepto de estar en mora.

La Corte encuentra justificado este cargo y que, por tanto, debe casarse esa sentencia por las siguientes breves razones:

La demanda tiene efectivamente como fundamento cardinal la falta de Acosta a la obligación contraída por él en la cláusula final de su citada compra de los lotes de Chapinero, falta que toma el Tribunal como punto de partida para decretar la resolución de esa compraventa. Y a la verdad, tanto el art. 1546 del C. C., general para los contratos bilaterales, como el 1930 del mismo, especial para la compraventa, requieren la mora para que se produzca la acción resolutoria, al punto de que cuando una de las partes contratantes demanda a la otra para que se declare resuelto el contrato, si tal se declara, esto forzosamente implica que el Juzgador parte de la base y procede en el concepto de estar en mora en sus respectivas obligaciones el contratante demandado.

Para los fines relacionados con el citado art. 1608 del C. C., hasta reconocer, como hecho incuestionable que es, que esa cláusula contiene obligación de Acosta en favor de Restrepo. Ellos han discrepado sobre su sentido y alcance; pero no sobre el hecho de contener obligación. Al respecto sólo ha objetado Acosta Ortega —de paso sea dicho que sin comprobarlo— que la asumió bajo la condición no cumplida de que el acreedor consintiese. Pero, repítese, no niegan, ni aunque ellos lo negaran podría ponerse en duda, que hay allí obligación a cargo de Acosta y a favor de Restrepo.

En la compraventa, modelo del contrato conmutativo, se entiende que la cosa por un lado y el precio por el otro guardan o deben guardar la equivalencia necesaria de justi-

cia entre las respectivas prestación y contraprestación, indispensable a la simetría contractual. Pero, sin perjuicio de esto, preciso es reconocer que puede y suele haber estipulaciones colaterales determinantes de la voluntad y, como tales, móvil por sí o al menos concurrentes a la determinación, con lo que basta para que se les haya de reconocer su papel como motivo que induce al acto o contrato, que es lo que por causa entiende el art. 1524 del C. C.

Por otra parte, entre otros datos que obran en el proceso para afirmarlo, basta citar la circunstancia de figurar esa cláusula en la escritura de compraventa para reconocer que lo pactado en ella tenía el referido alcance sobre el contrato mismo como causa. No sobrará traer a cuento el art. 1511 del C. C.

Así las cosas, contratándose en esa forma y circunstancias y sobre tal base, Restrepo había de sentirse investido de la acción conducente a romper el contrato en el caso de incumplimiento de Acosta.

Y ocurre preguntar si Acosta faltó a esa obligación. Para responder debe analizarse la cláusula. Dos miembros la forman. Según el primero, la fianza a que se refiere queda a cargo de Acosta. Esta estipulación habría carecido de alcance inmediato por sí sola dada la circunstancia de no concurrir el acreedor, de no aceptar la sustitución por Acosta del fiador Restrepo, de no pronunciar la liberación de éste (C. C., arts. 1691 y 1694). El segundo miembro viene a aclarar la situación y alcance y sentido del pacto, pues dice que Acosta queda comprometido a responder por esa fianza.

La idea de responsabilidad implica la de indemnización de un perjuicio o el lleno de un vacío. Así, en la fianza, la responsabilidad asumida por el fiador significa compromiso de cumplir la obligación del fiado en defecto de éste (C. C., art. 2361).

No habiendo mediado al celebrarse esa compraventa ni después, que en el proceso conste, aceptación ni liberación por el acreedor, esa responsabilidad de Acosta Ortega no puede entenderse como obligación de proveer en forma tal que Restrepo quedase exento hasta de que a él se le exigiese el pago, sino tan sólo como la de reembolsarle él mismo a Restrepo lo que éste se viese en el trance de pagar, o la de hacer que el deudor principal procediese al reembolso.

Y, a más de no haberse señalado plazo para nada de esto, no obra en autos prueba alguna ni alusión siquiera, a pagos hechos por Restrepo y a la consiguiente exigencia a Acosta Ortega de que se los reembolse o haga reembolsar, lo que basta para reconocer que aun dando por sentado, en gracia de suposición, que efectivamente se haya producido aquel hecho, necesario para hallarse él en el caso de tener que cumplir su compromiso de responderle a Restrepo por la fianza, no está legalmente constituído en mora de hacerlo, según entiende y reglamenta esta circunstancia legal el citado art. 1608.

Y sin embargo, el Tribunal decretó la resolución demandada. De ahí, pues, la procedencia del cargo y el consiguiente deber de casar la sentencia recurrida.

La consideración que acaba de exponerse sencillamente para aceptar el recurso contiene, en su misma sencillez, los elementos determinantes del fallo de instancia que ha de reemplazar el recurrido (C. J., arts. 537 y 538).

Porque, si sólo estando el comprador en mora, es procedente la acción resolutoria y asiste al vendedor, y si aquí, no estando Acosta en mora, su vendedor ejercita esa acción; y si, por otra parte, sólo prosperando ella es como y cuando cabe establecer si trasciende o no al tercero (Santodomingo), salta a la vista que por ese motivo se impone la negación de aquélla, o sea la absolución de Acosta como comprador y, consiguientemente, la de Santodomingo como actual poseedor, ya que, además, la reivindicación ejercida contra éste en la demanda requiere como base *sine qua non* y como paso obligadamente previo que la resolución se haya decretado; negada ésta, está virtualmente negada aquélla que sólo como consecuencia de la resolución podría existir y prosperar, en su caso.

Se advierte, en relación principalmente con las costas, que el motivo por el cual la Corte llega a la confirmación de la sentencia de primera instancia es muy distinto del que condujo al Juzgado a dictarla.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el veinticinco de junio de mil novecientos treinta y cuatro, y en su lugar, absuelve a los demandados de todos los cargos de la deman-

da. Queda así reformada la sentencia de primera instancia.

No hay lugar a condenación en costas en las instancias ni en el presente recurso.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Antonio Rocha, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J., Juan Francisco Mújica, Eduardo Zuleta Angel, Emilio Prieto Hernández, Srio. into.

ACTOS DE COMERCIO.-FUERZA PROBATORIA DE LOS LIBROS DE LOS COMERCIANTES.-JURAMENTO DECISORIO Y JURAMENTO SUPLETORIO EN ASUNTOS MERCANTILES

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Civil.—Bogotá, treinta y uno de julio de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente, Dr. Eduardo Zuleta Angel)

Y

Antecedentes

Para demandar ante el Juez del Circuito de Cali a la sociedad Obeso, Reyes, Nissen & Cía., S. A., por las sumas de $ 3750.00, $ 1250.00, y $ 40.81, con sus correspondientes intereses, el señor Joaquín Rivera G., en su libelo de 22 de mayo de 1931, expuso los siguientes hechos:

"1º—En los primeros meses del año de 1926 me llamó el señor Jesús Obeso Pérez como su empleado en el almacén que tenía en esta ciudad y que tuvo personalmente hasta los primeros meses del año de 1930, fecha en la cual se formó la sociedad Obeso Reyes Nissen y Cía., S. A., de la cual es Gerente dicho señor.

"2º—La sociedad Obeso Reyes Nissen y Cía., S. A., se hizo cargo del activo y pasivo de los negocios comerciales de Jesús Obeso Pérez y así ha venido funcionando hasta la fecha.

"3º—Durante la época en que fui empleado de Jesús Obeso Pérez y de Obeso, Reyes, Nissen y Cía., S. A., hasta el día en que dejé de serlo, esto es, desde los primeros meses de 1926 hasta el 7 de marzo del presente año, fui un empleado modelo, hasta el punto de que en ningún momento quiso don Jesús Obeso Pérez dejarme salir de su almacén, sino que me hacía mejores y más halagüeñas ofertas para que lo siguiese acompañando en sus negocios.

"4º—El señor Jesús Obeso Pérez acostumbró como comerciante hasta el día en que se asoció con Reyes y Nissen, a manera de retribución y premio y como estímulo para sus empleados, y especialmente para conmigo, señalar y pagar, a más del sueldo fijo respectivo, una participación en las utilidades de sus negocios, las cuales eran fijadas de antemano y tasadas por el dicho Obeso Pérez.

"5º—El señor Jesús Obeso Pérez se comprometió a pagarme por el concepto expresado anteriormente, la suma de $ 1.500 en el año de 1927, de lo cual hay constancia en los libros de comercio de dicho señor; me reconoció la misma cantidad de $ 1.500 oro legal en el año de 1928; me reconoció y liquidó la suma de $ 750 oro legal en el año de 1929 hasta el día de su asociación para formar la sociedad Obeso, Reyes Nissen y Cía., S. A., día en el cual quedó a mi favor y a cargo de la sociedad Obeso, Reyes, Nissen y Cía., S. A., un saldo a mi favoor de tres mil setecientos cincuenta pesos oro legal, que aún me adeuda.

6º—La deuda está hoy a cargo de Obeso, Reyes, Nissen y Cía., S. A., de esta ciudad, porque esta sociedad es una continuación, en mayor escala, de los negocios de Jesús Obeso Pérez y ella se hizo cargo del activo y pasivo y de los negocios de Jesús Obeso Pérez establecidos desde hace muchos años en esta plaza.

"7º—El señor Jesús Obeso Pérez, de palabra y por escrito y en nombre de la sociedad de la cual es hoy Gerente, ha reconocido mi acreencia contra esta casa por las causas relatadas anteriormente. Además, así consta en los libros de la misma casa y en los del señor Jesús Obeso Pérez.

8º—La sociedad Obeso, Reyes, Nissen y Cía., S. A., siendo yo su empleado, me pidió en préstamo y yo lo hice, la suma de mil doscientos pesos oro legal. A este efecto giré yo un cheque sobre mi cuenta corriente al Banco Alemán Antioqueño de esta ciudad, el día 26 de junio de 1930, suma que me adeuda aún la sociedad, con sus respectivos intereses.

"9º—La sociedad Obeso, Reyes, Nissen y Cía., S. A., me adeuda el valor de mi sueldo como su empleado, durante siete días (7) a contar del 1º al 7 de marzo del corriente año, que no me ha pagado, sobre un salario de $ 175 oro mensuales, esto es, la suma de cuarenta pesos con ochenta y un centavos oro legal ($ 40-81)."

II

Sentencia acusada

El Juez 2º del Circuito de Cali condenó a la sociedad comercial demandada a pagar a Rivera las sumas de $ 1.250 y $ 40.81, con sus intereses legales, y absolvió al demandado de los demás cargos de la demanda.

El Tribunal Superior de Cali reformó la sentencia de primera instancia en el sentido de condenar también al demandado a pagar la suma de $ 3.750 con sus intereses legales.

Para ello se fundó el Tribunal en los siguientes elementos probatorios:

a) En varias de las respuestas dadas por el señor Jesús Obeso Pérez, como Gerente de "Obeso, Reyes, Nissen & Cía., S. A.", al absolver las posiciones que el actor le formuló, pues aunque el absolvente se negó a reconocer que fuera de $ 5.000 el saldo a favor de aquel y a cargo de la compañía demandada, hizo varas confesiones favorables para el demandante, tales como éstas: Que con frecuencia les daba o les reconocía a los empleados, además del sueldo, una gratificación de acuerdo con los resultados de los balances; que efectivamente Rivera entregó a Obeso Reyes, Nissen & Cía. "un cheque por no recuerdo qué cantidad para completar con él una suma redonda con el saldo que tenía en aquella época a su favor, es decir, sin que en el total de esa suma hubiera centavos, sino una suma redonda de pesos..."; que efectivamente la sociedad "Obeso, Reyes, Nissen & Cía. S. A." se hizo cargo del activo y pasivo de la antigua casa comercial de Jesús Obeso Pérez; que a otros dos empleados (Varela y Echeverri) les pagó en dinero el absolvente las remuneraciones especiales o adicionales "que hacía en favor de sus empleados de Almacén", etc.

b) En el recibo suscrito por el señor F. Cela como contabilista de Obeso, Reyes, Nissen y Cía. y que dice: "98360.—Jul. 24-30.—Jefes Obeso Pérez.—Cali—Valle.—Almacén de abarrotes.—Joaquín Rivera G.—Presente.—Entregó en ch/. 30833/ 0908. cgo. Banco Alemán Antioqueño.—$ 1250.—P/. Obeso, Reyes, Nissen y Cía. S. A.—F. Cela".

c) En la declaración rendida por el mismo Cela sobre el particular en la cual se confirma y explica el contenido del presente recibo.

d) En la copia expedida por el Banco Alemán Antioqueño del cheque número 30833/ 0908, por $ 1.250, girado por Rivera a la orden de Obeso, Reyes, Nissen & Cía.

e) En las declaraciones de los empleados Varela y Echeverri.

f) En la renuencia del demandado a exhibir los libros de comercio y en el consiguiente juramento supletorio prestado por el demandante al tenor del artículo 46 del Código de Comercio.

III

Fundamentos del recurso

El recurrente formuló contra la sentencia del Tribunal los siguientes cargos:

a) Violación de los artículos 1769, 2221 y 2232 del Código Civil, en cuanto se admitió como probado "un contrato de mutuo o préstamo de consumo entre la sociedad demandada y el demandante, consistente, según la sentencia, en el hecho de haber recibido la sociedad, al título dicho, la suma de $ 1250, moneda corriente, en el cheque a que hace referencia el hecho octavo de la demanda". "En el caso en cuestión, la parte demandante no ha podido acreditar que los $ 1250 entregados por ella a la sociedad demandada fueran a título de mutuo", no obstante lo cual el Tribunal partió de la base de que se había celebrado tal contrato. El recurrente no niega que la sociedad recibiera el cheque por los $ 1250, pero sí alega que no se ha demostrado que ello hubiera obedecido a un contrato de mutuo.

b) Violación de las disposiciones del Capítulo IV, Título VI, Libro II del Código de Comercio, y de los arts. 9, 10, 20, 46 y 435, en cuanto el fallador le dio al demandante el carácter de comerciante, sin serlo. Para el recurrente, el referido artículo 46 sólo es aplicable entre comerciantes, y el demandante no lo es, porque es un simple dependiente de comercio.

c) Violación directa de los arts. 593, 594, 601, 604, 688, inciso 2º, y 703 del Código Judicial y 1769 del Código Civil, en cuanto el Tribunal consideró, como consecuencia de un error de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba, que se había probado la apreciación a cargo del demandado de pagar los $ 3750 a que se refiere el hecho 5º de la demanda. En concepto del recurrente los tes-

timonios de Luis Carlos Varela e Isaac Echeverri nada prueban al respecto. El Tribunal los interpretó erróneamente. Y en cuanto a las respuestas dadas por Obeso Pérez en posiciones, y que el Tribunal tomó en cuenta para considerar probada la aludida obligación, el recurrente afirma que el fallador "le ha dado un vuelco a las respuestas para hacer decir al absolvente lo que no dijo, desvirtuando completamente el sentido de la confesión."

Fuera de eso el recurrente alega —sin que al respecto asevere que la sentencia violara por este otro concepto determinadas disposiciones legales— que al tenor del acto constitutivo de la sociedad demandada ésta no tomó a su cargo el activo y el pasivo de los negocios comerciales de Jesús Obeso Pérez, sino que tan sólo asumió la responsabilidad de los pedidos hechos con anterioridad a su constitución por Jesús Obeso Pérez, y que a su turno éste, en la liquidación de la sociedad, sólo se hizo cargo de una deuda a favor de The Good Year Tire y de las deudas por razón de pedidos pendientes.

IV

Examen de los cargos

La doctrina jurídica distingue dos clases de juramento probatorio: a) el decisorio, o deferido por las partes, y b) el supletorio y estimatorio, o deferido por el Juez.

Con respecto al uno y al otro, nuestro C. C. en su art. 1770, se limita a decir lo siguiente: "Sobre el juramento deferido por el juez o prefecto o por una de las partes a la otra..... se estará a lo dispuesto en el Código Judicial".

Este último sólo se ocupa, en los arts. 625 y siguientes, del juramento decisorio, para sentar y reglamentar el principio general de que "a falta de otras pruebas cada parte tiene derecho de deferir el juramento decisorio de la otra".

Acerca del juramento supletorio o deferido por el juez no dice nada el C. J. en la reglamentación de las pruebas, lo que obedece sin duda a que generalmente la doctrina, a tiempo que acepta, justifica y explica el juramento decisorio, se muestra desfavorable al juramento supletorio.

Pero si el Código Judicial en ninguna forma consagra como medio de prueba el juramento supletorio, el Código de Comercio, en cambio, contiene una aplicación interesante, justificada por las circunstancias especiales del caso que allí se contempla, y que es la que en el presente litigio debe ser estudiada, a saber:

"Si uno de los litigantes —dice el art. 46 de dicho Código, ofreciere estar y pasar por lo que constare de los libros de su contendor, y éste rehusare exhibirlos, el Tribunal de Comercio podrá, según las circunstancias, deferir el juramento supletorio a la parte que hubiere exigido la exhibición".

Este texto tiene su origen en el art. 17 del Código de Comercio francés, que dice: "Si la parte a cuyos libros se ofrece dar fe rehusa exhibirlos, el juez podrá deferir el juramento a la otra parte".

De conformidad con el mencionado art. 46 el demandante, dentro del término probatorio de la segunda instancia, pidió que se decretara la exhibición parcial de los libros de comercio de la sociedad demandada y del señor Jesús Obeso Pérez y ofreció expresamente estar y pasar por lo que constare en tales libros.

Sustanciada la respectiva articulación, el Tribunal ordenó al señor Jesús Obeso Pérez, como representante legal de la sociedad Obeso, Reyes, Nissen & Cía., presentar los libros de comercio en cuestión.

Como dicho señor Obeso Pérez rehusara exhibirlos, el Tribunal, de acuerdo con el pedimento del demandante, defirió el juramento de éste, quien al efecto, con las formalidades legales, juró: "que fuera de las partidas de dinero que se reconocen a su favor en la sentencia de primera instancia, y que son $ 1250 y $ 40.81 y los intereses legales de estas dos sumas, los mismos demandados le adeudan también la cantidad de $ 3750, de conformidad con el detalle que se hace en el hecho 5º de la demanda, folio 1º del cuaderno principal, mas los intereses legales de esta suma, hasta el día en que el pago se verifique. Tales partidas están contabilizadas en los libros del señor Jesús Obeso Pérez y de éstos fueron pasadas a los libros de la firma Obeso, Reyes, Nissen & Cía. S. A., cuando ésta se fundó, y este hecho es precisamente lo que se iba a demostrar con la exhibición de los libros pedida oportunamente..."

En su sentencia el Tribunal le atribuye una importancia decisiva a este juramento supletorio. Al efecto, se expresa de este modo:

"Esa vaguedad (la del demandado al absolver las posiciones), es inadmisible en el absolvente, que por dos ocasiones suspendió la diligencia de absolución de las posiciones, para consultar los libros en esa parte. Porque en los libros deben constar los guaris-

mos, las cantidades. Porque en su poder, en sus manos estaba esa prueba escrita y no fue posible traerla al juicio debido a los obstáculos, notorios en el expediente, opuestos a la exhibición. "Con la exhibición solicitada sólo se propone el señor Rivera causarme una molestia o perjuicio, como estoy dispuesto a probarlo", dijo Obeso Pérez en escrito del 10 de mayo de 1932. Porque a nadie más que al tenedor de esa prueba literal le quedaba mejor desbaratar las afirmaciones del actor si no eran verdaderas. Porque hasta el juramento supletorio, la promesa solemne de estar a lo que constare en los libros de la parte contraria, este último recurso probatorio autorizado por la ley como un medio de prueba a que da lugar la actitud negativa de quien no le conviene exhibir la prueba escrita que posee, fue atacada por el señor Obeso Pérez. Respecto de esta prueba del juramento supletorio, se hacen los siguientes cargos: Que fue practicada antes de la ejecutoria del auto que la decretó. Y que el demandado no ha sido renuente a la exhibición de los libros. Carece de valor el primer argumento, porque la notificación de dicha providencia se ordenó hacerla personalmente, y así se cumplió respecto de ambas partes. De modo que esa providencia pudo legalmente producir su efecto en virtud de lo preceptuado en el artículo 327 del C. Judicial. El segundo argumento, tampoco es admisible, desde luego que el señor Obeso Pérez se excusaba de exhibir los libros diciendo que no los tenía él, sino el doctor Hernando Valencia. Pero se anota que el doctor Valencia, si era verdad que los tenía, era en calidad de mandatario suyo, y, además, es preciso tener en cuenta que el doctor Valencia no negó que en el presente juicio todos los escritos de la primera instancia se los hizo al señor Obeso Pérez y algunos de la segunda instancia. No cabe duda, pues, que el doctor Valencia ha sido el abogado del señor Obeso Pérez en este litigio, circunstancia esta que por parte del demandado hace desaparecer lo justificable de la excusa. En cuanto al valor probatorio del juramento dado conforme lo preceptúa el artículo 46 del Código de Comercio, la Sala lo estima con todo el alcance que la ley le da, por tener quien lo prestó el carácter de comerciante según disposiciones del Capítulo cuarto, Título 6º, Libro 2º del Código citado, ser proveniente la deuda que se cobra de las aptitudes de comerciante del nombrado Rivera y de actos de comercio por él realizados, desde luego que la mayor o menor remuneración o participación en las utilidades dependía del monto de éstas al fin de cada año, las que no podían resultar sino también de la mayor o menor venta y en las mejores condiciones de precios posibles. Así, pues, es aplicable en este caso el artículo 46 referido sobre juramento supletorio. Después de todas las anteriores consideraciones, la Sala ha llegado a la íntima convicción de que la obligación fundada en el hecho quinto de la demanda tiene realidad y debe reconocerse".

Dada la trascendencia que el Tribunal le reconoció a esta prueba es necesario comenzar el análisis de los cargos formulados contra la sentencia por los que se refieren al juramento de que se viene hablando.

Estima el recurrente, como ya se dijo, que el fallador al reconocerle el valor probatorio que le reconoció al referido juramento violó las disposiciones del Capítulo IV, Título VI, Libro II del Código de Comercio, especialmente los artículos 9, 10, 20, 46 y 435, por haberle dado al demandante el carácter de comerciante sin serlo. En sentir del recurrente el artículo 46 sólo es aplicable en los litigios entre comerciantes, y los dependientes de comercio, como el señor Rivera G., no son comerciantes. Por otra parte, agrega el mismo, "el servicio mecánico de un simple dependiente de comercio" no es un acto de comercio, y por consiguiente por este aspecto tampoco era aplicable el referido artículo 46.

Debe la Sala, por lo tanto, en vista de los aludidos cargos contra la sentencia del Tribunal, entrar a estudiar estas cuatro cuestiones:

a) El demandate tiene el carácter de comerciante?

b) El artículo 46 del Código de Comercio sólo es aplicable en los litigios entre comerciantes, o tiene cabida en los litigios entre un comerciante y un no comerciante?

c) El referido artículo es aplicable solamente a los actos de comercio que lo son para ambas partes, o es aplicable también a los llamados actos mixtos y aun a los actos puramente civiles?

d) Se trataba, en el caso que se estudia, de un acto de comercio, de un acto mixto o de un acto civil?

Respecto de la primera de las cuestiones indicadas, es claro que los dependientes de comercio no son comerciantes porque si bien es cierto que ellos realizan habitualmente actos de comercio, no lo hacen por su cuenta y riesgo, sino por cuenta y riesgo de su comitente que es el que tiene carácter de comerciante. "Estos actos (los actos de comercio), hay que hacerlos en nombre propio (para tener el carácter de comerciante)

—dicen Lacour y Bouteron, tomo 1º número 76—. El que hace actos de comercio en nombre de otro, sin comprometer su responsabilidad, no es comerciante. Tales son: los factores y dependientes de comercio, simples instrumentos del comercio de sus patrones; los capitanes de navío y los directores o administradores de sociedades anónimas, que obran, los unos en nombre de los armadores, y los otros, en nombre de las sociedades que representan. Muy distinta es la situación de los comisionistas, que celebran contratos comerciales por cuenta de otro, pero obligándose personalmente; esto basta para que se llene la condición requerida".

En el mismo sentido dicen Lyon Caen et Renault (5ª edición, tomo I, número 204) "a la inversa, hay individuos que pueden hacer actos de comercio muy numerosos y muy importantes sin ser comerciantes: así, los factores, los empleados a cualquier título de un comerciante hacen muy habitualmente actos de comercio, pero no los hacen en su nombre, sino en nombre y por cuenta de su patrón que es el que se obliga exclusivamente y que es por lo tanto exclusivamente el comerciante, aun cuando personalmente él no haga ningún acto comercial; los hechos de sus mandatarios son los suyos".

Nuestro Código, como el francés, establece que son comerciantes los que se ocupan ordinaria y profesionalmente en alguna o algunas de las operaciones que corresponden a esa industria, es decir, los que ejercen actos de comercio y hacen de ellos su profesión habitual, pero es bien entendido que dentro de esa definición no caben los dependientes de comercio, como no caben dentro de la definición del Código francés, según el sentir unánime de los comentadores.

Es, pues, incuestionable que, desde este punto de vista, es injurídica la afirmación del Tribunal de que el demandante Rivera es comerciante, pero esta inexactitud del Tribunal no puede ni con mucho determinar la casación de la sentencia, porque ella, en último análisis, ninguna incidencia vino a tener sobre la parte resolutiva del fallo, ya que el Tribunal adujo tal consideración como fundamento de la aplicabilidad al caso del artículo 46, y según se verá en seguida tal aplicabilidad se justifica independientemente de la calidad de comerciante o no comerciante de Rivera, como quiera que, según se demostrará adelante, el único requisito que se requiere, desde el punto de vista que se estudia, para que tenga cabida el expresado texto, es el de que tenga la calidad de comerciante aquél contra quien se ordena la exhibición de los libros.

Respecto de la segunda de las cuestiones planteadas la Corte considera:

En los litigios entre un comerciante y un no comerciante los libros de comercio no hacen prueba en favor del comerciante sino excepcionalmente, pero en contra del comerciante constituyen siempre una prueba, dentro de la regla general de la indivisibilidad de tales libros (Lessona, "Juramento y prueba escrita", número 647).

"Los libros de comercio hacen siempre prueba contra el comerciante que los ha llevado, en provecho del que invoca su contenido—dicen Lyon Caen et Renault, 5ª edición, tomo III, número 68—. Poco importa que el debate se suscite con otro comerciante o con un no comerciante, a propósito de un acto de comercio o de una operación civil. Poco importa también que esos libros se hayan llevado irregularmente. Las enunciaciones de un libro de comercio contrarias a las pretensiones de un comerciante constituyen especies de confesiones escritas la negligencia de aquel que los lleva no puede disminuir su valor".

En el mismo sentido dicen Lacour et Bouteron: "Contra aquel que los ha llevado, los libros hacen plena prueba, cualquiera que sea la naturaleza del pleito y la profesión de la otra parte, cualquiera que haya sido la jurisdicción seguida y aunque ellos se hayan llevado irregularmente. En efecto, las menciones escritas en estos libros constituyen confesiones formales del comerciante".

No menos explícito es Rocco (Principios de Derecho Mercantil, número 149) sobre este particular: "Eficacia probatoria de los libros contra quien los ha llevado.—Aquí recobran vigor los principios generales del C. C.; por eso el artículo 50 no hace sino reproducir literalmente el 1329 del C. C. que dice: .....; de modo que quedan sin efecto cuantas condiciones y limitaciones imponen los artículos 48 y 49, en el caso de invocarse los libros contra quien los ha llevado; hacen fe también los libros auxiliares y aun los irregularmente llevados; y hacen fe también entre comerciantes y no comerciantes y aun en materia no mercantil. En resumen, los asientos de los libros constituyen una confesión escrita extrajudicial hecha la parte contraria".

De acuerdo con la doctrina que acaba de exponerse deben ser interpretados y aplicados los artículos 47 y 48 del Código de Comercio, según el primero de los cuales "los libros hacen fe contra el comerciante que los lleva, y no se admitirá prueba que tienda a destruir lo que resultare de sus asientos", sin que pueda argüirse en contra de la aplicabilidad a nuestro derecho positivo

de la expresada doctrina el contenido de los artículos 43, 49 y 51, pues estos últimos textos obviamente enfocan—para resolverla, en general de la misma manera que la doctrina francesa—, la cuestión concerniente a la prueba de los libros en favor del comerciante que los lleva.

Consecuencia lógica del principio que acaba de exponerse sobre la fuerza probatoria de los libros de comercio contra el comerciante que los lleva, cualquiera que sea la naturaleza del litigio y la profesión de la otra parte, es la de que el derecho consagrado en el artículo 46 pueda ser invocado por un no comerciante, en un litigio con un comerciante, pues como acaba de verse la razón en que se apoya el aludido principio es la de que las enunciaciones de un libro de comercio contrarias a las pretensiones de un comerciante constituyen especies de confesiones escritas cuyo alcance probatorio es absolutamente independiente de la profesión de la contraparte en el juicio.

Esta conclusión, por lo demás, concuerda con los principios generales sobre pruebas en los litigios suscitados entre comerciantes y no comerciantes, principios según los cules el demandante, aunque no sea comerciante ni haya celebrado actos de comercio, puede usar contra su adversario, cuando éste es comerciante o ha celebrado acto de comercio, todos los modos de prueba que autoriza el derecho comercial (Lacour y Bouteron, tomo I, número 785).

Finalmente, no puede perderse de vista que la regla consignada en el artículo 46 constituye una sanción contra el comerciante que rehusa cumplir la obligación que, en determinadas circunstancias, tiene de exhibir parcialmente los libros, y se funda en la consideración obvia de que solamente puede rehuir el cumplimiento de esa obligación aquel comerciante en cuyos libros aparecen constancias contrarias a los intereses que está defendiendo en el litigio. Es claro que aquella razón y este fundamento contribuyen a explicar que la expresada regla jurídica se aplique lo mismo que en el caso de que sea un comerciante quien ofrece estar y pasar por lo que constare de los libros de su contendor que en el caso de que sea un no comerciante quien tal cosa ofrece.

Por consiguiente, no hay duda de que la segunda de las cuestiones propuestas debe ser resuelta en el sentido de que el artículo 46 es aplicable a los litigios entre un comerciante y un no comerciante cuando es este último el que ofrece estar y pasar por lo que constare de los libros de su contendor y aquél el que rehusa exhibirlos, una vez que el juez, de conformidad con el artículo 57 del C. J., le ha ordenado la exhibición parcial.

En cuanto a la tercera de las cuestiones enumeradas, se considera:

En sus orígenes, y especialmente en la época en que era puramente consuetudiario, el derecho comercial no estaba destinado a regir sino única y exclusivamente a los comerciantes. Con el transcurso de los tiempos han cambiado las cosas: al lado de las reglas especialísimas para los comerciantes, los códigos comerciales modernos consagran un gran número de normas que se aplican a determinadas operaciones, cualquiera que sea la profesión de las personas que las hayan celebrado. A tales operaciones se les designa generalmente en la doctrina, lo mismo que en nuestro Código, con el nombre de actos de comercio.

Dentro de este orden de ideas establece el artículo 10 de nuestro Código que "los que ejecuten accidentalmente alguna operación de comercio, no serán considerados comerciantes para todos los efectos legales; pero quedan sujetos, en cuanto a las controversias que ocurran sobre estas operaciones, a las leyes y a la jurisdicción del comercio".

Por muchos conceptos—y muy especialmente por lo que a las pruebas concierne—es indispensable saber, en cada caso, si el contrato, negocio u operación de que se trata constituye un verdadero acto de comercio, independientemente de la calidad de comerciante o no comerciante de quien lo ejecuta.

Hay dos categorías de actos de comercio: los unos son comerciales por sí mismos e independientemente de la persona que los hace; los otros se reputan comerciales por razón de la profesión de su autor. Unos y otros pueden tener carácter comercial para ambas partes o para una sola de ellas, siendo actos puramente civiles para la otra. Estos últimos se denominan actos mixtos.

Entre los actos comerciales por sí mismos, o actos de comercio absolutos, hay unos que son comerciales en razón de la intención o de los móviles determinantes, como en el caso de la compra de muebles, que tiene el carácter de comercial cuando se verifica con ánimo de revenderlos, y hay otros que son comerciales por su propia virtud, independientemente de todo móvil determinante, como el endoso de una letra de cambio. En cuanto a los actos que se reputan comerciales en razón de la calidad de las personas de que emanan, hay que distinguir entre los actos que no tienen ninguna relación con el comercio de quien los ejecuta, sobre los cuales la calidad de comerciante de éste no influye, y aquéllos que aunque no

constitutivos propiamente del ejercicio del comercio se relacionan estrechamente con éste, en cuanto tienden a satisfacer determinadas necesidades de la misma profesión, los cuales sí se reputan actos de comercio.

Pertenecen a esta última clase, entre otros, los contratos por medio de los cuales un comerciante contrata factores o dependientes para su comercio, que no son actos de comercio por sí mismos e independientemente de la profesión de la persona que los hace sino que se reputan comerciales en razón de la profesión de quien los ejecuta.

Pero tales contratos no son comerciales para ambas partes: son comerciales para el comerciante y civiles para el empleado o dependiente.

Lo propio sucede con los préstamos, que no son operaciones comerciales por sí mismas sino que pueden llegar a tener ese carácter en razón de la calidad de comerciantes de las partes y que pueden ser también contratos civiles para uno de los contratantes y comerciales para el otro.

La Corte de Casación francesa ha dicho, dentro de este orden de ideas, lo siguiente, que es perfectamente aplicable a nuestra legislación: Aunque la obligación no tenga por su naturaleza propia un carácter comercial, basta que se relacione con un comercio y sea el accesorio de éste, para que ella tome el carácter comercial y para que los litigios a ella relativos sean de la competencia del Tribunal de Comercio.

La clasificación que se acaba de hacer de los actos de comercio, aunque no expuesta de manera completa y con claridad por nuestro Código, corresponde en lo esencial con el contenido de los artículos 20 y siguientes del Código Comercial.

El primero de ellos se refiere a los actos que tienen el carácter de comerciales por sí mismos e independientemente de la profesión de la persona que los ha hecho, y el segundo a los actos reputados como comerciales en razón de la calidad de las personas de que emanan.

Respecto del reconocimiento de los actos mixtos en el derecho colombiano basta anotar que el primero de los textos citados comienza asentando que los actos de comercio pueden serlo "ya de parte de ambos contratantes, ya de parte de uno de ellos".

Los actos jurídicos a que se refiere el litigio—tanto el préstamo de los $ 1250 como lo concerniente a las convenciones sobre remuneración extraordinaria o adicional del dependiente Rivera—pertenecen a esa clase de actos mixtos de que se viene hablando, que tienen el carácter de comerciales para el demandado y de civiles para el demandante. Es incuestionable que tienen el carácter de actos comerciales para el demandado porque se reúnen, para el caso, los dos requisitos necesarios cuando se trata, como aquí, de actos que no son comerciales por sí mismos y por su propia virtud sino por la profesión de la persona de quien emanan, a saber: que esta persona tenga el carácter de comerciante y que el acto se relacione directamente con al explotación de su comercio aunque no sea constitutivo del ejercicio mismo de tal comercio (véase Lyon Caen et Renault, 5ª edición, Tomo I, números 167, 168 y siguientes).

A las mismas conclusiones se llegaría, por lo demás, si en vez de adoptar, para los actos de comercio la clasificación ya expuesta, que es la clásica, se prohijara la propuesta más recientemente por el profesor Rocco (Principios de Derecho Mercantil, edición castellana, 1931, número 51 y siguientes):

"La distribución de los actos mercantiles, que brota espontáneamente de nuestro análisis—dice Rocco—consiste en actos mercantiles por su naturaleza intrínseca y actos mercantiles por conexión; así hemos visto que algunos actos la ley los considera comerciales porque practican de un modo típico y característico la interposición en el cambio, en tanto que otros los califica de comerciales, aun cuando por sí no desempeñen una función económica característica, en cuanto son conexos con una operación de interposición. Evidentemente, en todo cambio mediato hay una serie de operaciones características concatenadas entre sí, y que todas juntas constituyen la interposición en el cambio; esto ocurre en el cambio mediato de mercaderías, de títulos de crédito o bienes inmuebles, en que la interposición la constituye un acto de adquisición realizado con el fin de enajenarla después y por la enajenación que se sigue a este acto adquisitivo; así también la operación de banca de un acto en que se toma dinero a crédito con la intención de darlo a su vez a crédito también, y por un acto sucesivo en que ese dinero, recibido a crédito, se entrega a crédito también; lo mismo ocurre en la empresa cuya interposición consta de los actos varios indispensables para reclutar, organizar y dirigir el trabajo, para obtener un determinado producto o servicio enajenable o prestable, y de los actos sucesivos con que el producto se enajena o presta el servicio; otro tanto ocurre con el seguro, en el que la interposición consiste en todos los actos necesarios para concentrar el riesgo, reclutamiento y elección de los asegurados, liquidación y pago de las cantidades aseguradas y de los

actos necesarios para distribuir los riesgos, formular tarifas, recaudar las primas y administrar los fondos reunidos. Pero junto a estos actos constitutivos de intermediación, hay otros que sirven a la intermediación; estos actos en sí son económicamente neutros o equívocos, porque pueden servir para varios fines; pero cuando se emplean para facilitar una operación de interposición en el cambio, se injertan, digámoslo así, a ella, y asumen carácter mercantil a causa de conexión".

"Finalmente—dice más adelante Rocco—dividimos los actos mercantiles en dos grandes clases: a) actos mercantiles según su naturaleza intrínseca, o actos mercantiles constitutivos; b) actos mercantiles por conexión, o también actos mercantiles accesorios".

Y refiriéndose a estos últimos, agrega: "Toda actividad, aunque no sea mercantil por sí pero que esté relacionada con una actividad de esta clase y propenda a facilitarla, es comercial, aunque no esté comprendida expresamente en los casos previstos por la ley..... Por tanto serán comerciales no sólo la mediación en un asunto comercial, sino el depósito a causa del negocio de esta clase, de la cuenta corriente y el cheque; en el mismo supuesto, el mandato y la comisión para negocios mercantiles, sino también el arrendamiento, y aun la prenda y la cesión, la transacción, el mutuo, el comodato, hasta la donación a veces, cuando tenga una causa mercantil, es decir, que se relacione con una actividad comercial".

Es incuestionable que los actos jurídicos a que se refirió el juramento supletorio del demandante son de los que Rocco denomina actos mercantiles por conexión o actos mercantiles accesorios no sólo por su directa relación con los actos constitutivos de intermediación ejecutados por Obeso, Reyes, Nissen & Cía. en el ejercicio de su comercio, sino porque son de aquéllos que propenden a facilitar la actividad puramente mercantil.

Claro está que Rocco admite que tanto entre los actos mercantiles por su naturaleza intrínseca como entre los actos mercantiles por conexión, hay actos mixtos, o sea actos que son comerciales para una de las partes y civiles para la otra.

Al resolver el problema de la ley que ha de regular esta clase de actos, expone los diversos sistemas propuestos al respecto, a saber: a) aplicar la ley del demandado; b) facultad para la parte que no ha celebrado acto comercial sino civil de elegir la ley aplicable; c) aplicación en todos los casos de la ley mercantil.

Como es obvio, cualquiera que sea, entre todos esos sistemas, el que se adopte para el presente caso, resulta incuestionable la aplicabilidad de la ley mercantil, o sea, en concreto, la aplicabilidad del artículo 46 del Código de Comercio a la prueba de los actos jurídicos sobre que versa el litigio.

Como consecuencia de todo lo cual se puede concluir que la tercera de las cuestiones planteadas debe ser resuelta en el sentido de que los actos jurídicos sobre que versa el litigio son actos mixtos que tienen el carácter de comerciales para el demandado y de civiles para el demandante.

En cuanto a la cuarta de las aludidas cuestiones, la Corte considera que cuando se trata de actos mixtos el régimen probatorio del Código de Comercio puede ser empleado contra aquella de las partes para la cual el acto ha revestido un carácter comercial.

Así lo proclama unánimemente la doctrina.

"La naturaleza de las pruebas admisibles —dicen Lyon Caen et Renault, 5ª edición, Tomo III, número 87—depende en principio, no de la calidad de las partes, sino de la naturaleza de los actos y de los hechos que hay que probar. Todo sería muy fácil si los actos fueran siempre o civiles o comerciales con respecto a todas las partes. Bastaría decir que las disposiciones especiales sobre pruebas rigen para las ctos de comercio cualquiera que sea la profesión de las partes y salvo las reglas especiales a los libros de comercio. Pero como ya se explicó, hay actos que, comerciales con respecto a una de las partes, son civiles con respecto a la otra. El carácter mixto de estos actos hace surgir dificultades relativas a la competencia y a los modos de prueba admisibles. No sería posible, como se ha propuesto, aplicar exclusivamente con respecto a las dos partes las pruebas del derecho civil o las del derecho comercial. Quien ejecuta un acto de comercio no podría legítimamente quejarse de que se empleen contra él las pruebas comerciales, y, por el contrario, quien ejecuta un acto que entra en el derecho común sera injustamente sacrificado si las pruebas del derecho comercial pudieran ser empleadas contra él. Hay que hacer una distinción: CUANDO UN ACTO ES CIVIL CON RESPECTO A UNA DE LAS PARTES Y COMERCIAL CON RESPECTO A LA OTRA, SOLO LAS PRUEBAS DE DERECHO COMUN PUEDEN SER EMPLEADAS CONTRA LA PRIMERA, MIENTRAS QUE CONTRA LA SEGUNDA LA PRUEBA PUEDE HACERSE CONFORME A LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO COMERCIAL, DE TAL MANERA QUE CON-

TRA ESTA ULTIMA PARTE EL PRINCIPIO DE LA LIBERTAD DE PRUEBA ES ADMISIBLE. No se concebiría que quien ha hecho acto de comercio alegara que ese mismo acto es civil con respecto a su cocontratante, y la parte que ha hecho un acto puramente civil para ella no podría sufrir, por ningún motivo, las consecuencias de que tal acto tenga el carácter de comercial para la otra parte..... El sistema que acaba de ser expuesto es el más racional y el más lógico ante el silencio de nuestras leyes; no es el más sencillo. El que, desde el punto de vista de la sencillez, sería más satisfactorio, consistiría en aplicar la ley comercial por el solo hecho de que un acto sea comercial para una de las partes. Tal es el principio admitido por los artículos 54 del Código Italiano, 56 del Código Rumano y 99 del Código Portugués".

Nuestro Código de Comercio no consagró este principio consignado en los textos extranjeros que acaban de citarse. Como el francés, guardó silencio al respecto, y, como se ha hecho en el derecho francés, ese silencio tiene que ser suplido por el sistema considerado como el más racional y el más lógico, aunque no como el más sencillo.

Dedúcese de lo que acaba de exponerse que el artículo 46 del Código de Comercio era aplicable, como lo aplicó el Tribunal, al litigio que se estudia, por cuanto, como ya se observó, se trataba de actos mixtos con respecto a los cuales era perfectamente posible y procedente invocar el régimen probatorio del derecho comercial contra aquella de las partes para la cual tales actos habían tenido el carácter de comerciales, sin que contra esta conclusión pueda alegarse, por las razones que arriba se expusieron, que tal texto sólo es aplicable entre comerciantes, pues como ya se vio el único requisito indispensable para la aplicación del referido artículo, desde el punto de vista de la profesión de las partes, es el de que tenga el carácter de comerciante la persona a quien se le ordena la exhibición parcial de los libros.

Ahora bien, si el Tribunal aplicó correcta y debidamente el referido artículo 46; si en virtud de tal aplicación el Tribunal defirió al juramento supletorio del demandante; si este juramento, como es incuestionable, al ser rendido en las condiciones en que lo fue constituye plena prueba sobre los dichos jurados, y si, por lo demás, el demandante afirmó, bajo ese juramento, no sólo que se le debían los $ 3.750.00, a que se refiere el hecho 5º de la demanda, sino también los $ 1.250.00 a que se refiere el hecho 8º, es obvio que los demás cargos formulados contra la sentencia por el recurrente no podrían llegar a determinar la casación de ésta, aún en el supuesto de que tales cargos fueran fundados, por la sencilla razón de que ellos se refieren a mala apreciación de unas pruebas que quedaron, en el caso de ser deficientes o intrascendentes, completadas o suplidas con el juramento, de suerte que aun no reconociéndoles a tales pruebas más alcance que el que el recurrente les reconoce, la parte resolutiva del fallo encontraría suficiente fundamento en ese juramento supletorio que el tribunal invocó como argumento decisivo en la parte motiva de la sentencia.

En efecto: no hay duda ninguna de que, como lo advierte Lessena (obra citada, Nº 541), "prestado el juramento supletorio el juez debe decidir la cuestión de conformidad con el juramento, siempre que no se haya producido nueva prueba. Sobre este punto no hay cuestión alguna, y la jurisprudencia unánimemente enseña que no es lícito al juez volver a examinar la prueba oral o escrita, ya adquirida y apreciada con el fin de admitir supletorio, para deducir: o que la prueba declarada primero incompleta era, por el contrario, completa, o que la parte de prueba primero afirmada no existe, o que el juramento supletorio es falso".

Se ha discutido, con respecto al juramento supletorio en general, si después de prestado se puede producir nueva prueba contra lo que de él haya resultado. También se ha discutido mucho si es o no necesario, para que haya lugar al juramento supletorio que se haya producido previamente una "fracción de prueba". Pero en el caso que se estudia ningún interés tienen esas discusiones, ya porque no se presentó después del juramento supletorio prueba alguna en contra del contenido de éste, ya porque para el caso especial de la exhibición de los libros de comercio, nuestra ley no exige, y no tenía por qué exigir, condición previa distinta de la exigida por el artículo 46, a saber: que la parte que pide la exhibición ofrezca estar y pasar por todo lo que conste en los libros de su contendor.

No obstante todo lo que acaba de exponerse sobre lo inconducente de los cargos formulados por el recurrente en relación con las otras pruebas, distintas del juramento supletorio, a que hace alusión la parte motiva de la sentencia acusada, no está por demás dejar constancia de que no solamente no hay entre ellas nada incompatible con el juramento prestado por el demandante, sino que todo allí contribuye a poner de manifiesto la veracidad de lo jurado por el actor.

En efecto: por lo que respecta al préstamo de los $ 1,250, consta en el expediente:

a) Que efectivamente Rivera giró un cheque por esa suma a favor del demandado.

b) Que ese cheque fue endosado por el demandado al Royal Bank of Canada para que éste abonara su valor en la cuenta corriente del mismo demandado.

c) Que el señor F. Cela, contador de la casa demandada, expidió en nombre de ésta un recibo por esa suma a favor del demandante.

d) Que el gerente de la casa demandada, lejos de negar que ésta hubiera recibido el cuestionado cheque, reconoció que Rivera sí había entregado a Obeso, Reyes, Nissen & Cía. un cheque por una suma que dicho gerente no recordó en el momento de absolver las posiciones. Es cierto que el absolvente de las posiciones aseguró que tal cheque había sido entregado por Rivera a la casa demandada con el objeto de completar una suma redonda con el saldo que éste tanía a su favor, pero esta explicación no solamente no es incompatible con la hipótesis, aceptada por el tribunal del préstamo de los $ 1,250, sino que se compagina perfectamente con ésta.

Y en cuanto a la deuda de la casa demandada, por razón de remuneraciones adicionales o extraordinarias, es cierto que el señor Obeso Pérez se empeñó en sostener y afirmar que tales remuneraciones adicionales o extraordinarias, no obedecían a compromiso u obligaciones previos de Obeso, Reyes y Nissen para con sus empleados, pero no es menos cierto que él reconoció — y esto es lo sustancial, porque lo que demanda Rivera es una suma que le había sido ya reconocida y abonada en su cuenta — que sí se distribuían sumas entre los empleados después de cada balance, que cuando Rivera llevó el cheque ya tenía un saldo a su favor en la cuenta de la casa, que a los empleados Varela y Echeverri se les había reconocido y pagado una suma apreciable por concepto de tales remuneraciones adicionales, etc. Al referirse a las remuneraciones pagadas a Varela y Echeverri, Obeso Pérez advierte que estos empleados "no tenían exactamente la misma remuneración de Rivera", lo que contribuye a demostrar que Obeso Pérez no negó que a Rivera se le hubieran reconocido y abonado en la cuenta sumas por ese concepto. Su empeño se redujo a poner de manifiesto que, al contratar a sus empleados, la casa demandada no asumía obligación distinta de pagarles un determinado sueldo fijo mensual. Pero no negó que aun sin ese compromiso previo, la casa distribuyera sumas entre sus empleados después de cada balance. Y precisamente lo que Rivera demanda es la suma de las cantidades, ya distribuídas, que se le habían reconocido a él y abonado en su cuenta.

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, resuelve que no es el caso de infirmar, y por ello no infirma, la sentencia dictada en este juicio por el Tribunal Superior de Cali, con fecha 18 de septiembre de 1935.

Costas a cargo del recurrente.

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

Antonio Rocha, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J., Juan Francisco Mújica, Eduardo Zuleta Angel, Emilio Prieto Hernández, Srio. int.

PRUEBA DE LA FILIACION LEGITIMA MATERNA Y PRUEBA DE LA FILIACION LEGITIMA PATERNA.—PRESUNCIONES DE PATERNIDAD.—FUNDAMENTOS Y ALCANCE DE ESTAS. MATERNIDAD DISPUTADA.—PRUEBA DE HECHOS NEGATIVOS

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

(Magistrado ponente, Dr. Eduardo Zuleta Angel)

I

Antecedentes

1º El 16 de marzo de 1929, el señor Juez 3º del Circuito de Pasto, a petición del señor Rafael Paredes, declaró a éste heredero ab intestato del señor Epaminondas Navarrete y ordenó entregarle los bienes y papeles de la sucesión, sin perjuicio de tercero. Para fundar su petición, presentó el señor Paredes la partida de Epaminondas Navarrete y Dolores Paredes, la partida de defunción del señor Epaminondas Navarrete, un certificado sobre no existencia de la partida de bautismo de Rafael Paredes, otro certificado sobre no existencia de testamento de Epaminondas Navarrete y la "prueba supletoria tendiente a demostrar el nacimiento del peticionario y la posesión notoria de su estado civil". El Juzgado estimó que con esos documentos quedaba establecido que el señor Rafael Paredes era hijo legitimado de Epaminondas Navarrete y Dolores Paredes.

2º Poco tiempo después, el 11 de abril de 1929, José María Navarrete, Manuel María Navarrete, Lucía Navarrete y Rosa Elvira Navarrete, demandaron en juicio ordinario al mencionado señor Rafael Paredes y formularon al efecto las siguientes súplicas: Que se declarara que Paredes "no ha sido ni podido ser legitimado ipso jure por el matrimonio" de Epaminondas Navarrete y Dolores Paredes y que, consecuencialmente, se declarara que tampoco ha adquirido ni podido adquirir la calidad o carácter de heredero legítimo de los esposos Navarrete-Paredes.

3º Fallado en primera instancia ese juicio por el Juez 2º del Circuito, en el sentido de declarar que los "demandantes carecen de derecho para impugnar la legitimidad del señor Rafael Paredes como hijo de los esposos señores Epaminondas Navarrete y Dolores Paredes, y que es por lo mismo improcedente la demanda entablada al respecto", el Tribunal Superior de Pasto —fundándose en la consideración de que la acción intentada por los actores había sido la de impugnación de legitimación del demandado, que no puede ser propuesta por los herederos sino dentro del plazo a que se refiere el art. 221 del C. C.— reformó la sentencia apelada confirmándola en cuanto declara la improcedencia de la acción y revocándola en todas las demás declaraciones que ella hizo. El Tribunal se cuidó de advertir en la parte motiva que si llegaba a esa conclusión era porque los actores habían intentado la acción de impugnación de legitimación del demandado, en lugar de pedir que se declarara que éste no había nacido de la señora Dolores Paredes. "Si los señores Navarrete —agrega el Tribunal— pretendieron obtener la declaración de que don Rafael no fue nacido del vientre de doña Dolores, erraron la acción, pues partieron del supuesto de que había figurado como legitimado por el matrimonio de ella con don Epaminondas, lo cual supone necesariamente el nacimiento de don Rafael, teniendo como madre a la indicada señora. El error apuntado determina la improcedencia de la acción".

4º El 16 de febrero de 1933, José María Navarrete, Lucía Navarrete, Rosa Elvira Navarrete y Manuel María Navarrete volvieron a demandar por la vía ordinaria a Rafael Paredes para que con su audiencia se hicieran las siguientes declaraciones: a) Que el demandado no es hijo de Epaminondas Navarrete y Dolores Paredes, casados entre sí, sino que lo es de otras personas; b) Que el demandado no es heredero ab intestato en la la sucesión de Epaminondas Navarrete, ni como hijo legítimo, ni como hijo legitimado, ni por ningún otro concepto; c) Que los actores sí son herederos ab intestato y como legitimarios de su padre legítimo Epaminondas Navarrete, y que Paredes no tiene ningún derecho en concepto de heredero en la sucesión de Navarrete, y menos en concurrencia con los demandantes; d) Que en los términos de las dos primeras declaraciones debe quedar revisada y sin efecto la declaración sumaria de heredero que "en presunta calidad de hijo legitimado de los esposos Epaminondas Navarrete y Dolores Paredes", obtuvo el de-

mandado respecto de la sucesión ab intestato de aquél, según auto de 16 de marzo de 1929.

5º Los demandantes —para probar que el demandado no tenía ni había tenido la posesión notoria del estado de hijo legítimo o legitimado de Epaminondas Navarrete y Dolores Paredes, y para demostrar también que no había acta o partida de nacimiento o bautismo que acreditara la calidad de hijo legítimo o legitimado de Rafael Paredes, presentaron, entre otras pruebas, las declaraciones de Carlos Rodríguez, Julián Bucheli, Carlos J. Guerrero, Pedro Marcos de la Rosa, Celestino Delgado y Daniel A. Guerrero, a quienes les consta que nunca Navarrete y su mujer consideraron a Paredes como hijo suyo ni le dieron el trato de tál; copia de las declaraciones, en el mismo sentido, de Enrique Erazo, Navarrete, Enrique Paredes, Juan Paredes, José Paredes, Rafael Obando, Medardo Bucheli, Leopoldo Paredes y Demetrio Calvache, y certificaciones de los señores curas párrocos de San Agustín, San Sebastián y San Juan Bautista, todos de la ciudad de Pasto, según las cuales no se encuentra partida de bautismo de Rafael Paredes en ninguno de los libros de dichas parroquias. Finalmente, presentaron los demandantes la partida de un expósito a quien bautizó en el año de 1877 el párroco de San Agustín, con el nombre de Julio Rafael, hallado a las puertas de Bárbara Cuerrero, habiendo sido su madrina Felisa de Jesús Rodríguez, y algunas declaraciones tendientes a demostrar la identidad entre ese expósito y el demandado.

6º El Juez 2º del Circuito de Pasto absolvió al demandado de los cargos de esta nueva demanda. El Tribunal Superior revocó la sentencia de primera instancia, y en su lugar hizo las siguientes declaraciones: No está probada ninguna de las excepciones perentorias alegadas por el demandado; el señor Rafael Paredes no es hijo de los cónyuges Epaminondas Navarrete y Dolores Paredes, ni heredero ab intestato, bajo ningún concepto, del extinto Epaminondas Navarrete; los demandantes, en su calidad de hijos legítimos, son herederos ab intestato de Epaminondas Navarrete, sin perjuicio de otros de igual derecho; queda revisada así y sin efecto la declaratoria de heredero hecha por el Juez 3º del Circuito en favor de Rafael Paredes por auto de 16 de marzo de 1929.

II

Recurso

Contra la sentencia de que acaba de hablarse ha recurrido en casación el demandado, quien, de una manera por cierto muy poco técnica y en un escrito que no reúne ni con mucho los requisitos señalados por el art. 531 del C. J., ha formulado vaga y desordenadamente algunos cargos que, no obstante lo dicho, van a ser estudiados por la Sala, por las razones que adelante se expondrán.

Con no poco trabajo —porque la demanda de casación es un galimatías— ha logrado la Sala darse cuenta de que los cargos que formuló o pretendió formular el recurrente contra la sentencia del Tribunal son los siguientes:

a) Violación del art. 17 del Código Civil, al declarar el Tribunal que no estaba probada la excepción perentoria de cosa juzgada;

b) Violación de los arts. 234 y 271 del Código Civil del Estado Soberano del Cauca, por cuanto se desconoció en la sentencia que la legitimidad del que ha nacido después de celebrado el matrimonio no podrá ser impugnada sino por las mismas personas y de la misma manera que la legitimidad del concebido en matrimonio, y que mientras viva el marido nadie podrá reclamar contra la legitimidad del hijo sino el marido mismo;

c) Violación de los arts. 234, 235 y 241 del mismo Código, por cuanto el Tribunal acogió la demanda sin que los demandantes tuvieran ningún derecho que hacer valer, estando como está el demandado hace más de cincuenta años "en posesión de ese derecho de hijo legitimado de los nombrados esposos";

d) Haber aplicado el Tribunal leyes actuales "cuando los hechos sucedieron cuando aún no existía el Código Civil vigente, sino que estaba en vigor el Código del Estado Soberano del Cauca;

e) Nulidad del juicio por no haber sido citada la señora Dolores Paredes, como lo manda el inciso tercero del art. 223 del Código Civil.

III

Examen de los cargos

La Sala podría limitarse, según lo antes dicho, a declarar desierto el recurso, por-

que el escrito presentado por el señor Paredes ante la Corte no puede considerarse en realidad como una verdadera demanda de casación.

Pero como tampoco habría motivo para infirmar el fallo aunque el recurso reuniera los requisitos del art. 531 del C. J., no se presenta inconveniente legal para que la Corte cumpla en este caso, con motivo del memorial presentado por el señor Paredes, su alta misión doctrinaria, y entre, en consecuencia, a estudiar a fondo la cuestión planteada. Así, por lo demás, contribuirá a acentuar la reacción iniciada por ella contra la tendencia, muy marcada en algunos tribunales y juzgados, a eludir con pretextos baladíes el estudio de los problemas jurídicos y de los conflictos de intereses que ante ellos se llevan, tendencia que convierte la administración de justicia en mecanismo de argucias, rigores y sutilezas y contra la cual ha de seguir luchando la Corte, ya que para ella el derecho no es una abstracción sino una realidad muy viva.

No se refiere ciertamente esta alusión al Tribunal de Pasto, ni mucho menos a la sentencia que se estudia, que es muy jurídica y revela atento estudio de la cuestión de fondo.

Como el demandante ha involucrado en todo este litigio dos cuestiones tan fundamentalmente distintas, como son la prueba de la filiación legítima materna y la prueba de la filiación legítima paterna, la Sala estima necesario, para la debida claridad del fallo, exponer la verdadera doctrina al respecto:

Para establecer la filiación legítima de una persona es menester: a) La prueba de que la mujer designada como madre ha dado a luz un hijo y la demostración de que éste es el mismo cuyo estado civil se discute (prueba de la maternidad); b) La prueba de que esa mujer es o estaba casada (prueba del matrimonio); c) La prueba de que la concepción se verificó durante el matrimonio; d) La prueba de que el marido de esa mujer es el padre de la persona cuya filiación se discute (prueba de la paternidad). (Véase Alessandri Rodríguez, Versiones taquigráficas de la cátedra de Derecho Civil, tercer año, 1932; Planiol et Ripert, II, 735; Colin et Capitant, I, Nº 226).

Es claro que cuando se trata, como en este caso, de un individuo que pretende ser hijo legitimado no es necesario el tercero de los requisitos indicados y que el segundo de tales requisitos tiene que ser entendido naturalmente en el sentido de que el matrimonio ha podido ser posterior no sólo a la concepción sino al nacimiento del niño.

Respecto de los otros dos requisitos, que son los que el recurrente ha confundido, son pertinentes las siguientes observaciones:

Maternidad.—La prueba de la filiación legítima materna implica la demostración, por una parte, del parto de la mujer casada, y por otra parte, de la identidad entre el niño que esa mujer dio a luz y el que pretende ser hijo de ella. (Colin et Capitant, I, Nº 227; Josserand, I, Nº 1013 y siguientes).

Esa prueba es distinta de la prueba de la paternidad y anterior a ésta, aunque es la base de la presunción de paternidad. Es distinta, porque puede producirse directamente, por la naturaleza misma de las cosas, a tiempo que la filiación legítima paterna no es susceptible de prueba directa y absoluta sino que tiene que ser establecida por presunciones. Y es anterior, porque sólo en cuanto se hayan establecido el hecho del parto de la mujer casada y la identidad del hijo dado a luz por ésta con aquél cuyo estado se discute, puede haber lugar a la atribución legal de la paternidad, susceptible de prueba en contrario. (Planiol et Ripert, II. 703; Josserand. I, 1036; Colin et Capitant, I, 226; Alessandri Rodríguez, obra citada; Champeau y Uribe, Nº 421; Beudant y Lerebeurs-Pigeonniere, Tomo III, Nº 940).

El modo normal de producir la prueba de la maternidad es el de la presentación de la respectiva partida de bautismo o acta de nacimiento. Subsidiariamente se puede probar la maternidad por otros documentos auténticos, por declaraciones de testigos que hayan presenciado los hechos constitutivos del estado civil de que se trata y por la notoria posesión de tal estado. (Planiol et Ripert, II, Nº 740; Colin et Capitant, I, Nº 230; Josserand, I, 1013 y siguientes).

Paternidad.—Partiendo de la idea racional de que la paternidad es un hecho que no se puede demostrar directamente, la ley establece, para la prueba de la filiación legítima paterna, la presunción consagrada por el artículo 214 y para la prueba de la filiación legitimada la presunción del artículo 237. Champeau y Uribe); Planiol et Ripert, II, Nº 769; Colin et Capitant, I, Nº 237; Josserand, I, Nº 1038; Beudant, III, Nº 995).

La primera de esas presunciones se apoya en la circunstancia de que ha debido haber relaciones sexuales entre la mujer y el ma-

rido y de que aquélla le ha debido ser fiel a éste. Por eso se llama presunción de cohabitación y fidelidad. La segunda se funda en que el hombre que se casa con una mujer en cinta es porque tácitamente reconoce la paternidad del niño que está por nacer. (Colin et Capitant, I, Nº 287; Josserand, I, Nos. 1036 y 1039; Planiol et Ripert, II, Nº 770).

Pero esas presunciones no son irrefragables. La ley le permite en ciertos casos y bajo ciertas condiciones al marido desconocer la paternidad del hijo dado a luz por su mujer y concebido durante el matrimonio o antes de éste. Es ésta la acción de desconocimiento o impugnación de la paternidad a la cual se refieren los arts. 214 y siguientes del C. C., pertenecientes al Capítulo I del Título X del C. Civil. Ese capítulo está íntegramente consagrado a la presunción de paternidad de que antes se habló y a la acción mediante la cual puede destruírse esa presunción en caso de absoluta imposibilidad física por parte del marido de tener acceso a la mujer, en caso de adulterio, acompañado de otras circunstancias, y en caso de abandono por la mujer del domicilio conyugal. Es esa acción la que no puede ser promovida sino dentro de los cortos plazos señalados por el art. 217 y la que, en principio, le está reservada exclusivamente al marido. Es obvio que para que tal acción tenga cabida es menester que la presunción de paternidad haya tenido lugar y para que ésta tenga lugar es indispensable que no haya duda sobre la filiación legítima materna. (Champeau y Uribe); Planiol et Ripert, II, Nº 713; Boudant, III, Nº 995).

"Salvo el caso de que haya reconocimiento o confesión del padre —dicen Planiol et Ripert, III, Nº 703—, las presunciones de paternidad no tienen cabida sino cuando se conoce la madre del niño. Por lo demás, es según la fecha del parto de la madre como puede determinarse la fecha de la concepción y por consiguiente la probabilidad de la paternidad. Es necesario, pues, establecer en principio la anterioridad de la prueba de la maternidad con relación a la prueba de la paternidad".

"Para que la atribución legal de la paternidad al marido pueda tener cabida —agregan los mismos autores. Nº 774— se necesita que la prueba de la filiación del niño con respecto a la mujer de ese hombre se haya presentado".

Distinguidas así nitidamente la prueba de la filiación legítima materna y la prueba de la filiación legítima paterna; destacada la anterioridad de aquélla con respecto a ésta y la necesidad de que la maternidad esté acreditada para que haya lugar a la presunción de paternidad y para que sea posible y procedente la acción de desconocimiento o impugnación de paternidad; deslindadas las dos cuestiones que el recurrente ha involucrado y destacada la circunstancia esencial de que el Capítulo I del Título X, al cual pertenecen los textos que el recurrente considera violados, versa exclusivamente sobre presunción de paternidad y modo de desvirtuar esa presunción, es procedente ahora hacer notar que la acción promovida por los señores Navarretes en el presente juicio no es una acción de desconocimiento o impugnación de paternidad tendiente a desvirtuar la presunción legal del artículo 214 del C. C., sino una acción de impugnación de la filiación materna de Rafael Paredes, completamente ajena a la citada presunción del artículo 214 y tendiente a establecer que el aludido Paredes no fue dado a luz por doña Dolores Paredes.

Según la clasificación más reciente (Beudant y Lerebours-Pigeonnière, T. III, Nº 1240), las acciones relativas a la filiación pueden repartirse en tres grupos: a) acciones de reclamación de filiación materna o paterna; b) acciones de impugnación de filiación materna o paterna, entre las cuales se cuenta la acción de desconocimiento de la paternidad, que es la forma especial de impugnación de paternidad legítima; c) acciones que no tienden ni a reclamar ni a impugnar la filiación, sino a reclamar o impugnar la legitimidad de esa filiación, a rectificar o reconstruír actas de estado civil de conformidad con una filiación no impugnada o a justificar cuestiones de identidad.

Entre las acciones del segundo grupo, que son las que interesan para el presente caso, figuran, por una parte, la que se intenta para establecer que la persona cuyo estado se discute no nació de la mujer casada que se señala como su madre, y, por otra parte, la acción de desconocimiento o impugnación de la paternidad que es aquella que se intenta sobre la base de que la maternidad no se discute para probar que el niño no es hijo del marido de la mujer que lo dio a luz.

La primera de las aludidas acciones fue la que se promovió en el presente juicio. La segunda se había promovido antes, por los señores Navarrete, erróneamente, y había sido declarada improcedente.

Entre una y otra hay sustanciales diferencias, de todo orden:

La acción de desconocimiento de la paternidad no le pertenece, en principio, sino al marido, a tiempo que la otra puede ser ejercitada por todo el que tenga interés en ello. La acción de desconocimiento de la paternidad prescribe dentro de los términos señalados por los artículos 217 y 222 del Código Civil, mientras que la acción de impugnación o desconocimiento de la maternidad no está sometida a esas reglas especiales de prescripción.

De todo lo hasta aquí expuesto se deduce:

1º Que como en el presente juicio los demandantes han comenzado por negar terminantemente que Rafael Paredes sea hijo de Dolores Paredes y han pedido primordialmente que en ese sentido se haga la primera de las declaraciones de la sentencia, es claro que no se trata ni de la acción de desconocimiento o impugnación de paternidad reglamentada por los artículo 214 y siguientes del C. C., que es la que, en principio, está reservada al marido y no puede ser ejercitada sino dentro del breve plazo señalado por el artículo 217 del C. C., ni de la acción análoga a que se refiere el artículo 237 para el caso de que el hijo haya sido concebido antes del matrimonio por la mujer del marido que desconoce o impugna la paternidad. Una y otra suponen una presunción de paternidad que se trata de destruír y la presunción de paternidad supone que no hay duda respecto de la filiación legítima materna.

2º Que la acción propuesta para establecer que Rafael Paredes no nació de doña Dolores Paredes no es una acción reservada exclusivamente al marido sino que es una de las acciones de estado que puede ser propuesta por todo el que tenga interés en ello. (Véase Josserand, I, Nº 1081; Colin et Capitant, I, Nº 237; Beudant, III, 1030; Planiol et Ripert, II, Nº 767).

3º Que dicha acción no está sometida por lo mismo ni a la prescripción establecida por el art. 217 ni a las reglas de los arts. 223 sobre citación a la madre y 224 sobre presunción de legitimidad durante el juicio.

4º Que, en consecuencia, ni fueron ni pudieron ser violados los artículos 223, inciso 2º, del Código actual, y 234, 235 y 241 del Código caucano—que corresponden exactamente a los artículos 216, 217 y 224 del Código colombiano —porque todos ellos se refieren al desconocimiento o impugnación de paternidad del niño concebido por la mujer de quien niega esa paternidad y suponen, para su aplicación, que haya habido lugar a la presunción legal de cohabitación y fidelidad, la cual —se repite un avez más —tiene que partir necesariamente de la base de que esté acreditada la maternidad (parto e identidad) de la mujer casada con el marido que impugna la filiación legítima paterna. Todo el Capítulo I del Título IX del Código caucano —que corresponde al Capítulo I del Título X del Código actual y al cual pertenecen los artículos 234, 235 y 241 —está consagrado a la cuestión de presunción de paternidad y requisitos y formas para desvirtuar tal presunción.

5º Que tampoco fue ni pudo ser violado el artículo 271 del Código caucano porque este texto —que equivale al artículo 247 del Código actual— se refiere a la impugnación de paternidad en el caso de la legitimación ipso jure del hijo nacido después del matrimonio, pero concebido antes por la mujer que contrajo el matrimonio con el hombre que pretende impugnar la paternidad. La ley presume que nadie se casa con una mujer encinta de otro y por eso le atribuye al marido la paternidad del hijo que ha nacido después del matrimonio, pero que fue concebido antes. Pero como no se trata de una presunción de derecho sino de una presunción legal que admite prueba en contrario, autorizó al marido para impugnar la paternidad en determinadas circunstancias. A esa impugnación de paternidad, es decir, al juicio tendiente a destruír la presunción legal antes aludida es al que se refiere el art. 271 del Código caucano (247 del Código actual). (Véase Barros Errázuris, tercer año, primera parte, números 146 y 149).

6º Que, finalmente, no hubo violación del art. 17 del C. C. actual porque el presente juicio, como se ha visto, se refiere a una cuestión completamente distinta del juicio promovido antes contra el mismo Rafael Paredes por los señores Navarretes. En el presente juicio se planteó como cuestión fundamental el asunto de la maternidad. En el otro se promovió la acción de desconocimiento o impugnación de la paternidad, a que se refieren los artículos antes citados del Capítulo I del Título X del Código Civil.

Con respecto al cargo consistente en haber aplicado el Tribunal leyes actuales en lugar de aplicar las del Código del Estado Soberano del Cauca, basta observar que aquél se cuidó muy bien de destacar la identidad entre los textos legales vigentes

que invocó como fundamentales y los correspondientes del Código Civil caucano. Al exponer las normas jurídicas en que basó primordialmente su decisión citó, de un lado, el número del artículo pertinente del actual Código, y, de otro lado, el número del respectivo texto del Código caucano. En todo caso no se advierte en ninguna parte del fallo recurrido que se le haya dado a alguna regla jurídica actual, no existente en el Código caucano, efecto retroactivo inadmisible.

El recurrente ni directa ni indirectamente formuló contra la sentencia el cargo de violación del art. 337, inciso segundo, del Código Civil (371 del Código caucano), sobre prescripción de la acción de maternidad en los casos contemplados por el Título XVIII del Libro I del Código Civil (Título decimooctavo del Código caucano). No es improcedente, sin embargo, anotar que como dicho título se refiere al caso de una mujer que pasa por madre de un hijo que en en realidad no es suyo, debido a falso parto o a suplantación del pretendido hijo al verdadero, no era aplicable la citada disposición al asunto que se estudia, porque Rafael Paredes, antes de obtener la declaratoria de heredero que obtuvo, no pasaba por hijo de Dolores Paredes. Habría pasado por hijo de ésta si en la respectiva partida de nacimiento figurara Dolores Paredes cómo madre de Rafael o si éste en alguna forma apareciera en algún otro documento auténtico como hijo de doña Dolores o, en fin, si de alguna manera hubiera estado investido del estado civil de hijo de doña Dolores Paredes o hubiera sido tratado como tál. La acción a que se refieren los arts. 335 y siguientes del Código Civil "tiene por objeto excluír de la familia a una persona que indebidamente se atribuye como hijo a la madre supuesta, y consiguientemente al marido de ésta": sólo es pertinente en los casos en que se necesite expulsar de una familia a quien, por razón de falso parto o de suplantación, figura indebidamente como miembro de esa familia, y, por lo tanto, nada tiene que ver con un caso como el presente en que —según los hechos aceptados por el Tribunal con fundamento en las declaraciones de Julián Bucheli, Pedro Marcos de la Rosa y muchos otros— el demandado nunca fue considerado ni en el seno de la familia Navarrete-Paredes ni en la sociedad de Pasto como hijo de doña Dolores Paredes.

Normalmente la acción de impugnación de la maternidad no es procedente sino cuando el supuesto hijo figura como tál en la respectiva partida de nacimiento o tiene la posesión notoria de ese estado civil. Pero hay casos especiales, como el presente, en que esa acción resulta procedente aunque el supuesto hijo no aparezca como tál en la partida de nacimiento ni tenga la posesión de estado. El hecho de que Rafael Paredes hubiera obtenido a su favor una declaratoria de heredero en el juicio de sucesión de Epaminondas Navarrete, sin tener ni partida de nacimiento ni posesión de estado, hizo procedente la acción de impugnación de maternidad para los demandantes, pero naturalmente en condiciones distintas de aquellas que se prescribieron por el legislador para los casos especiales contemplados en el Título XVIII del Libro I del Código Civil.

Como lo explican Colín et Capitant, Tomo I, N° 342, ciertas decisiones judiciales relativas al estado civil (como la declaratoria de heredero que obtuvo Rafael Paredes) tienen un efecto provisional mientras no se demuestre que reposan sobre hechos inexactos o sobre pruebas insuficientes. "La decisión judicial tiene entonces un valor análogo al de las pruebas ordinarias en materia de filiación, acta de nacimiento, posesión de estado, por ejemplo. Esas pruebas hacen fe provisionalmente, pero quien discute la autoridad de ellas puede destruírlas aportando pruebas contrarias... Dentro de esta concepción las decisiones dadas en materia de estado no tendrían, con respecto a terceros, la autoridad de la cosa juzgada en el sentido de que no bastaría invocarlas para cerrarles la boca a las partes no representadas en la instancia, que quisieran discutir los resultados, pero harían fe provisionalmente..."

Eso es lo que ha acontecido en el presente caso: los demandantes han tenido que promover la acción de impugnación de la maternidad porque Rafael Paredes había obtenido a su favor una decisión judicial que desde ciertos puntos de vista tiene analogía con las pruebas ordinarias en materia de filiación. Pero es claro que en tales condiciones a esa acción no le podían ser aplicables las reglas sobre prescripción contenidas en el art. 337 del C. C. para los casos de impugnación de maternidad especialmente contemplados en el Título XVIII del Libro I como que las hipótesis por éste previstas y resueltas son distintas: dicho título se refiere a los casos en que haya necesidad de expulsar de una familia a quien, por virtud de un falso parto o de una suplantación de

personas, aparezca en los registros del estado civil o en la sociedad, como miembro de tal familia.

Tampoco acusó el recurrente la sentencia por error de hecho o de derecho como resultado de indebida apreciación de las pruebas, y por ello la Corte en ninguna forma podría fallar o rectificar la apreciación del Tribunal sobre los hechos.

No obstante esto, la Sala considera oportuno —dada la finalidad primordial de la casación— rectificar una doctrina del Tribunal sobre prueba de los hechos negativos, siendo de advertir que esta rectificación ni conduce ni podría conducir a la infirmación del fallo, ya porque contra la sentencia no se formuló cargo al respecto, ya, sobre todo, porque la equivocación puramente doctrinaria del Tribunal no vino a tener incidencia sobre la parte resolutiva de la sentencia, como se verá más adelante.

Dijo el Tribunal que como la demanda se funda en una negación indefinida, el demandado ha debido dar la prueba del hecho positivo, o sea el alumbramiento de la persona que considera como su madre, y después comprobar su identidad.

Esta tesis del Tribunal fue la de los antiguos glosadores que les atribuyeron un sentido completamente erróneo a las fórmulas romanas "negantis naturali ratione nulla est probatio" y "ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat".

La doctrina contemporánea ha revaluado completamente esas concepciones de los glosadores (véase Colin et Capitant, Tomo I, Nº 81 en nota).

"El que alega un hecho negativo en apoyo de una demanda o de una excepción —dicen Planiol et Ripert, Tomo VII, Nº 1419— debe probarlo. Esto no ofrece ninguna dificultad si el hecho negativo es susceptible de poder ser establecido por medio de la justificación de un hecho afirmativo contrario. Lo mismo sucede si la alegación negativa de un litigante no puede ser reducida a un hecho positivo fácil de probar; la imposibilidad aún absoluta en que se encontrara el demandante para justificar los hechos negativos no podría ser un motivo para descargarlo de la prueba e imponer ésta al demandado... Sólo la prueba de las proposiciones que tienen un carácter indefinido es imposible... Pero tales proposiciones no podrían constituir el objeto de litigios judiciales".

Lo que es cierto es que, como la asientan los mismos autores, el juez no puede, cuando se trata de un hecho negativo, exigir una prueba tan rigurosa como cuando se trata de un hecho positivo, y que, en general, la prueba que se le exige al demandante no es una prueba total, completa de todos los hechos constitutivos o generadores de su derecho y que la repartición de la carga de la prueba "depende menos de las calidades de demandante y demandado que de la naturaleza de las alegaciones, porque es el que avanza como demandante o demandado una proposición contraria a la apariencia el que debe establecerla".

Con sobrada razón ha dicho Josserand en ese sentido " no hay que creer que en la lucha judicial los papeles de los dos litigantes se encuentren en lo que concierne a la carga de la prueba en una oposición definitiva e irreductible, y que el demandante deba probarlo todo mientras que el demandado pueda recogerse en una actitud puramente pasiva: la regla actori incumbit probatio no puede tener ese alcance, ni práctica ni teóricamente. En la realidad, ocurren entre los adversarios intercambios de argumentos, de réplicas, de refutaciones: los debates no toman la forma de un monólogo recitado por el demandante sino más bien la de un diálogo entre los dos interesados... En la práctica los dos litigantes tomarán parte en la conversación, hablarán, discutirán, y así el contraste se atenuará entre los papeles que les son tradicionalmente asignados".

Lo que sucedió en el presente caso —y por ello, se repite, la aludida tesis del Tribunal no tuvo incidencia sobre la parte resolutiva del fallo— fue que los demandantes, además de presentar las certificaciones de los párrocos de Pasto sobre no existencia de una partida de nacimiento en que aparezca Rafael Paredes como hijo de doña Dolores, presentaron muchísimas declaraciones sobre el hecho de que aquél nunca fue considerado por nadie como hijo de los esposos Navarrete-Paredes, y, finalmente, desvirtuaron, mediante nuevos interrogatorios, la fuerza probatoria de las declaraciones que habían servido para la declaratoria de heredero.

En esas circunstancias, trabado así el diálogo probatorio de que habla Josserand, presentadas por los actores esas pruebas con respecto a sus proposiciones negativas en un asunto en que, por la naturaleza misma de las cosas ,no era posible aducir pruebas de otro orden, el demandado tenía que inter-

venir en ese diálogo y, para poder ser absuelto, necesitaba presentar o su partida de nacimiento o alguna de las pruebas subsidiarias a que alude el artículo 395 del C. C. El valor enteramente provisional de la declaratoria de heredero se esfumó ante el ataque que contra los fundamentos de ella hicieron los actores que, en esa forma, pusieron al demandado en la necesidad de presentar pruebas, que no presentó, distintas de aquella declaratoria cuyas bases, según el análisis hecho por el Tribunal, resultaron inconsistentes.

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 dictada en este juicio por el Tribunal de Pasto con fecha cuatro de noviembre de mil novecientos treinta y cinco, y condena en costas al recurrente.

Publíquese, notifíquese, insértese en la GACETA y devuélvase oportunamente el expediente al Tribunal.

Antonio Rocha, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J., Juan Francisco Mújica, Eduardo Zuleta Angel. Emilio Prieto Hernández, Srio. int.

ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS Y DEMANDA DE PAGO

Si lo que en realidad de verdad se pactó fue un arrendamiento de servicios, el hecho de haberse hablado de mandato no se opone a la verdadera naturaleza del contrato, el cual no nace de las palabras, sino de sus elementos propios, de sus calidades intrínsecas. En el mandato el mandatario ejecuta precisamente o ha de ejecutar actos jurídicos y no meros actos materiales, que es lo que por su lado caracteriza el arrendamiento de servicios. Nuestra jurisprudencia tiene establecido claramente cómo deben distinguirse estos contratos y cuán fácil es hacerlo parando mientes en que el mandato, en contraste con el arrendamiento de servicios, implica necesariamente la representación, al punto de figurar como elemento esencial de su definición misma (art. 2124 C. C.) el que la persona encargada de la gestión se haga cargo de los asuntos respectivos por CUENTA Y RIESGO de aquélla que le ocupa. Si un mayordomo exige al demandado el pago de sus sueldos, el hecho de estar pendiente la rendición de cuentas por parte de aquél en cuanto a los dineros recibidos del demandado, no puede ser motivo para absolver a éste de los cargos de la demanda. Aun tratándose, cuando efectivamente se trata, de mandato, esa previa y plena satisfacción de la obligación de rendir cuentas no es requisito previo en todo caso para devengar su remuneración el mandatario y exigirla. El art. 2184 del C. C. establece la correlativa obligación a cargo del mandante, sin oponer aquel deber como requisito necesario al efecto. Mas de no ser requisito previo necesario para ir recibiendo mes por mes una remuneración no puede deducirse que el que prestó servicios no esté en la obligación de rendir cuentas si recibió dineros.

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

(Magistrado ponente, Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

Abisael Reina demandó en vía ordinaria a Francisco A. Castilla sobre pago de los servicios prestados a éste en su hacienda de "Chimbá", del 1º de agosto de 1918 al 31 de diciembre de 1932, con descuento de la suma que Reina manifiesta deber al demandado, servicios que estimó a $ 30 el mes, no sin diferir a apreciación pericial.

El Juzgado 1º del Circuito de Ibagué sentenció el 9 de octubre de 1934 absolviendo al demandado por no haber rendido el demandante las cuentas de su administración e ignorarse el saldo líquido.

Apelada esa sentencia, se surtió ante el Tribunal de allí la segunda instancia, con grave lentitud debido a la demora de los abogados de las partes, especialmente la actora, en devolver el expediente recibido para alegar, y se dictó sentencia el 24 de enero de 1936.

En este fallo el Tribunal insiste en la absolución de Castilla por lo que hace al presente pleito, pero reconociendo a Reina derecho a cuanto corresponda de las prestaciones establecidas por el art. 2184 del C. C.; de suerte que de la falta de la previa rendición de cuentas y consiguiente fijación del saldo no deduce, como dedujo el Juzgado, la carencia de acción de Reina, que expresamente reconoce y deja a salvo; sino la excepción de petición antes de tiempo. De ahí que el Tribunal advierta que su sentencia es reformatoria de la de primera instancia.

Reina afirma, como hechos fundamentales de su demanda que trabajó en dicha hacienda de Castilla por el lapso referido atendiendo a las plantaciones, siembras, resiembras y desyerbas de cafetales y cañamelares, limpia de los potreros en que se mantenían los semovientes de la finca, consecución de peones, ordenación de los trabajos, compra de los artículos alimenticios, recolección de las cosechas, trasporte y venta de los productos, y, en general, cuanto constituye la marcha y explotación de una hacienda de esa clase, para todo lo cual Castilla proveía con su dinero, dirección e instrucciones, ya personalmente, ya por conducto del señor Jorge Castilla.

El demandado contestó conviniendo en lo fundamental de esos hechos, o sea el desempeño por Reina de esas labores en todo el tiempo dicho y haciendo algunas salvedades de detalle que adelante se verán.

Agregó que siempre suministró para todo ello dinero más que suficiente, por lo cual Reina tuvo cómo y de dónde pagarse. Acer-

ca de esto manifiesta que en ocasión en que intentaron los dos arreglar cuentas, Reina salía a deberle.

Más tarde, según se ve en el alegato de primera instancia, opuso Castilla la excepción de prescripción que se estudiará adelante.

Tanto el Juzgado como el Tribunal se detuvieron en indagar de qué contrato se trata, comenzando por estudiar si es gestión oficiosa y si, por tanto, es de aplicarse el art. 2312 del C. C. Descartado ese supuesto en atención, como desde luego salta a la vista, a que medió en todo el tiempo el conocimiento y la voluntad del señor Castilla respecto de la prestación por Reina de los servicios o gestiones referidos, Juzgado y Tribunal llegaron a la conclusión de que lo habido entre los actuales contendores fue un mandato. Y en una y otra sentencia, como queda anotado en la presente ya, se echó menos la presentación de cuentas por el mandatario, a lo que ambas dieron trascendencia tal, que ambas por esta razón absolvieron al reo, sin más diferencia que la consistente en haber puesto de presente la de segunda instancia que a Reina sí le asiste acción, sólo que, con la falta de esa previa rendición de cuentas, por ahora ha sido prematura.

Pero acontece que no puede entenderse que ese contrato fuera de mandato, siendo así que no hubo actos jurídicos en que Reina hubiese de obrar en lugar y a nombre de Castilla llevando su representación, sino un arrendamiento de servicios, tal como corresponde a lo que quedó establecido sobre los que Reina prestó a Castilla y de que aquí se trata, desde la demanda y su respuesta, es decir, por lo que así vino a ser consenso de las partes. Reina afirma que ellos fueron los que su demanda reza, tal como aquí quedó resumida, y Castilla concurre a la misma afirmación, la que no se destruye por el hecho de haber hablado de mandato, en forma coronada a la verdad por el éxito, que no se opone a reconocer que la calificación de los contratos no nace de ahí, sino de sus elementos propios, de sus calidades intrínsecas. A la manera como, por ejemplo, un asignatario es legatario o heredero por la clase misma de su asignación y no por la palabra de que el testador se haya valido. (C. C., arts. 1155 y 1132).

En el mandato el mandatario precisamente ejecuta o ha de ejecutar actos jurídicos y no meros actos materiales, que es lo que por su lado caracteriza el arrendamiento de servicios. El mandatario procede en el lugar y a nombre del mandante.

Estos dos contratos frecuentemente se combinan en forma que a las veces sobrevienen dificultades, por confundirlos, y cuando, coexistiendo, se olvida que ambos concurren, sencillo es incurrir en un defecto de juicio en que se decide sobre lo correspondiente al uno olvidando o dejando de lado lo correspondiente al otro.

Nuestra jurisprudencia tiene establecido claramente cómo los dos contratos de que se viene hablando deben distinguirse y cuán fácil es hacerlo parando mientes en que el mandato, en contraste con el arrendamiento de servicios, implica necesariamente la representación, al punto de figurar como elemento esencial de su definición misma (C. C., art. 2124 citado) el que la persona encargada de la gestión se haga cargo de los asuntos respectivos por cuenta y riesgo de aquélla que la ocupa.

Así, por ejemplo, en sentencia de esta corporación de 10 de febrero de 1894, en juicio en que se demandaba el pago de ciertos servicios, entre los cuales figuraba la asistencia y remuneración de la demandante como enfermera, se desechó en casación el cargo relativo a la absolución pronunciada por el Tribunal sentenciador respecto de estos servicios, en atención a que la demandante en la precisa y única calidad de mandatario fue como formuló su demanda. Con ocasión de ello la Corte hace así la debida distinción entre esos dos contratos. (G. J., Nº 441, Vol. IX, págs. 193 a 195).

Y en la sentencia que la Corte pronunció el 10 de diciembre de 1899 (G. J., Nº 733 y 734, Tomo XV, págs. 1ª y siguientes) llama singularmente la atención respecto de esa misma diferencia, a la citada expresión "por cuenta y riesgo" y para mayor claridad agrega: "no basta que una persona se obligue a hacer una cosa para otra, porque esta obligación se encuentra en todos los contratos que tienen por objeto un hecho; es necesario que el que se haga cargo de los negocios los haga por cuenta y riesgo del que se los confía o en su nombre".

Trasladando estas observaciones al caso del presente pleito, el concepto de tratarse aquí de arrendamiento de servicios queda confirmado, siendo así que por una parte la dirección de los trabajos y provisión de fondos estaba a cargo del dueño, quien a ello atendía personalmente o por medio de su sobrino Jorge, y, por otra parte y ante todo,

que Reina no obraba en nada de ello asumiendo el nombre y representación de su actual demandado.

Reina no tuvo la calidad de agente oficioso o de mandatario que le atribuye su contraparte, sino la de mayordomo que ésta misma le reconoció al contestar la demanda y que se deriva de la calidad de los servicios y modo de prestarlos. Curioso es advertir que los testigos cuyas declaraciones se recibieron en el curso del pleito se valen cabalmente, al deponer sobre tales servicios de Reina, de la palabra mayordomo, empleada, repítese, por el señor Castilla también.

Estas reflexiones han anticipado el concepto de la Corte acerca de la procedencia del cargo, que es el primero en la ordenación establecida por el art. 537 del C. J., de los formulados en casación contra la sentencia del Tribunal, consistente en errónea apreciación de ciertas pruebas, ante todo la demanda misma y la confesión contenida en su respuesta, que condujo al Tribunal a aplicar, sin ser el caso, los artículos del C. C. relativos a mandato, de ellos ante todo el 2142 que lo define, el 2149 que dice cómo se confiere y el 2181 que obliga al mandatario a rendir cuentas, así como el 2312 de esa obra, aplicado indebidamente y hasta con falta de lógica, puesto que se sentencia sobre la base establecida en esta disposición, que sí requiere cuenta regular de la gestión para poder el gestor intentar acción contra el interesado, no obstante que el Tribunal conceptúa que no se trata de agencia oficiosa.

Así, pues, el hecho de estar pendientes o no haberse rendido y fenecido aún las cuentas de Reina relativas a los dineros que recibió de Castilla, no puede ser razón para absolver a éste en el presente juicio en que aquél le exige el pago de sus sueldos. Aun tratándose, cuando efectivamente se trata, de mandato, esa previa y plena satisfacción de la obligación de rendir cuentas no es requisito previo en todo caso para devengar su remuneración el mandatario y exigirla. El art. 2184 del C. C. establece la correlativa obligación a cargo del mandante sin oponer aquel deber como requisito necesario al efecto. Y con más veras cabe pensar así cuando la remuneración es periódica, como precisamente se debió reconocer al fallar en instancias en el presente pleito, dadas sus peculiaridades, aun dentro del concepto de que en verdad se hubiese tratado de un mandato.

Apenas habrá para que advertir que de no ser requisito previo necesario para ir recibiendo mes por mes una remuneración, que es lo único dicho aquí al respecto, no puede deducirse que Reina no esté en la obligación de rendir cuentas. Si recibió dineros de Castilla este deber es incuestionable. Y que los recibió es un hecho no sólo afirmado por Castilla sino confesado por Reina desde su libelo mismo de demanda, al punto de que gran parte de la suma que solicita se le descuente del total de su remuneración proviene de tales dineros y así lo declara.

De paso se advierte que el juicio de cuentas se promovió y adelantó como se ve en el cuaderno correspondiente a la solicitud, negada por el Tribunal, de acumulación del juicio de cuentas de Castilla contra Reina al presente juicio ordinario.

Si, por lo visto, fue un arrendamiento de servicios el contrato que medió entre los actuales litigantes y si el Tribunal lo califica de mandato y procede sobre este concepto, que la Corte halla inadmisible, ella debe reconocer la violación anotada por el recurrente de las disposiciones sustantivas citadas ya aquí a ese efecto, y, por ende, casar el fallo recurrido.

Para dictar el de instancia que debe reemplazarlo, a lo ya expuesto sobre cuál fue el contrato celebrado, se agregan estas consideraciones:

Como se dijo ya, Reina y Castilla están acordes sobre la prestación de servicios, la clase de éstos y el tiempo durante el cual se prestaron, así como sobre la circunstancia, de trascendencia para el pleito, de no haber arreglado o fijado nada sobre precio de los mismos, o sea, sobre remuneración. Pudieron hacerlo al entrar Reina a "Chimbá" en agosto de 1918, de regreso después de haberse ausentado, tras años anteriores de haber estado allí de peón primero y de mayordomo después; pudieron hacerlo en el curso de los largos años trascurridos desde ese agosto hasta que venció el año de 1932 y Castilla entregó la finca al Banco de Bogotá; pudieron hacerlo después. Pero, si lo intentaron tardíamente, no llegaron a resultado distinto del de verse en el trance de litigar.

Castilla conviene en todos los respectivos hechos de la demanda, al responderla, con salvedades que no empecen al consenso entre los dos sobre los puntos decisivos. Por ejemplo, anota que Reina hacía sembrar mu-

cha caña que luégo se perdía por no alcanzarse a molerla y que cosa de nueve mil árboles de café se sembraron no por él o bajo su dirección o atención, sino por contrato especial con otras personas; que cuando pasó Reina de muchacho a peón y de peón a mayordomo, llegó a ganar diez pesos mensuales (esto para 1917); que cuando regresó en 1918 lo hizo espontáneamente, creyendo probablemente que ganaría otro tanto; que después, cuando intentaron arreglos, vio Castilla que Reina pensaba en $ 20 mensuales; pero que como en esa ocasión resultó hasta debiéndole y los datos eran incompletos y nada se arregló en definitiva, quedó Castilla convencido de no deber nada a Reina, y así lo está, no obstante lo cual, si al rendirle cuentas Reina resulta lo contrario, Castilla le pagará lo que sea. Este insiste en que suministraba a Reina cuanto le pedía y advierte que no es de creerse que éste pagara todo y se abstuviera de cargar el valor de su trabajo.

Como se ve, estas salvedades y reparos no obstan al acuerdo antedicho de las partes sobre la clase de los servicios, de que se deduce que se trata de arrendamiento de ellos; sobre que no están pagados, acerca de lo cual la afirmación o conjeturas aludidas del señor Castilla respecto de pago no tiene comprobante en el proceso, y sobre que no hubo un arreglo entre los dos que fijara la remuneración de Reina.

Dado ese acuerdo sobre lo fundamental, se hace innecesario traer a cuento las declaraciones de testigos encaminadas a comprobar lo antedicho, tanto sobre la clase y tiempo de servicios de Reina como sobre el hecho de estar dirigida la hacienda por el señor Castilla, ya en persona, ya por medio de su sobrino Jorge.

De acuerdo con las disposiciones pertinentes del C. C., que son las contenidas en los Capítulos 7º a 9º del Título 26, Libro IV, aplicables unas directamente y otras por analogía, se tiene que lo pagadero, en defecto de determinación contractual, en casos como el presente u otros semejantes, es lo que se estime equitativo a juicio de peritos (Arts. 2054 y 2055). Es de advertir que conforme al Art. 2065, cada una de las obras allí aludidas se sujeta a lo dispuesto en el 2063, y que éste hace expresa referencia a los arts. 2054 y 2055, entre otros, sujetando aquellos casos a lo dispuesto en estos artículos.

En la primera instancia se practicó a solicitud de Reina y como prueba de su parte el avalúo pericial de los servicios en referencia, y los peritos en completo acuerdo señalaron en los mismos treinta pesos mensuales que él indicó en su libelo inicial el valor de su remuneración o sueldo en cada mes. Esto dio como resultado para los 173 meses demandados un total de $ 5,190 del que descontados los $ 1,977.06 que el mismo Reina en su demanda reconoce a favor de Castilla, deja a cargo de éste un saldo de $ 3,212.94. Ese concepto pericial, puesto en conocimiento de las partes, no fue objetado. Así se ve en la nota o informe de la Secretaría del Juzgado al folio 65 vuelto del cuaderno 3º

Este avalúo que, por otra parte, aparece debidamente fundamentado por los peritos, es plena prueba, al tenor del art. 721 del C. J.

Sobre esta base, lo procedente sería deducir directamente de ella la condenación por la cifra de ese saldo, esto es, acceder a cuanto pidió al respecto la demanda.

Pero ocurre estudiar antes lo concerniente a la excepción de prescripción de corto tiempo que oportunamente (C. J. Art. 341) opuso el demandado, invocando el Art. 2543 del C. C.

Esta disposición establece que prescribe en dos años la acción... de los dependientes. Y agrega que así prescribe la de toda clase de personas por el precio de servicios que se prestan periódicamente.

No ocurre duda en el presente pleito sobre que Reina fue dependiente de Castilla, por los motivos detenidamente expresados en los precedentes capítulos de esta sentencia. Con esta consideración basta para reconocer que en principio la excepción es oponible. Pero ocurre inquirir si su oposición aquí puede prosperar, dadas las circunstancias peculiares del caso.

Al contestar la demanda el señor Castilla negó el hecho 4º y manifestó que en alguna ocasión, cuya fecha no precisa, trataron él y Reina de arreglar cuentas, y que habiéndole dicho Reina que vieran si le quedaba Castilla adeudando algo, copió Castila los datos que Reina le daba, por demás incompletos, y los saldos que reconocía a su cargo; y agrega textualmente: "imputando éstos al valor de los servicios prestados, a razón de $ 10 mensuales primero, que era lo que ganaba cuando salió de la hacienda.... y luégo a $ 20, si nó me equivoco, dedujimos que todavía, haciendo tales imputaciones, el citado Reina me adeudaba dineros de los que de mí recibió o recolectó en la hacienda. No reconozco, pues, que deba suma alguna al señor Reina, ni he ofrecido pagársela. Pero

advierto sí que le pagaría gustoso —si algo le debiera— lo que resulte en mi contra cuando él rinda debidamente comprobadas todas las cuentas de su administración".

Resaltan aquí dos circunstancias de señalado alcance: 1ª Hubo antes de la demanda inicial de este pleito una tentativa de arreglo, con ocasión de la cual Castilla procedió, en principio, sobre la base de haber obligación a su cargo y a favor de Reina por el valor de los servicios de éste: más aún, a ese estudio de cuentas se entró sobre el pie o con el bien entendido de que Castilla reconocía en principio a Reina el derecho de recibir el valor de esos servicios. 2ª Fracasado ese intento y entablada la demanda, al contestarla Castilla afirma explícitamente ese derecho de Reina, en sí y si se niega a pagarle no es por mediar el transcurso de tiempo que le hubiera enervado su acción, sino porque cree haberle pagado ya, y a mayor abundamiento, en el clarísimo sentido de reconocerle ese derecho, o sea el de recibir en su totalidad el valor de esos servicios, agrega que, no obstante lo acontecido cuando intentaron arreglar cuentas, si al rendirlas Reina comprobadas resulta con saldo a su favor, gustoso se lo pagará.

Tienen estos hechos la singular trascendencia aludida, porque implican el reconocimiento de la obligación en sí. La negativa no se funda en el tiempo trascurrido, repítese, sino en la creencia de haber ya pagado en la cuantía ofrecida por Castilla, al punto —repítese también— de ofrecer pago si esta creencia resulta errónea al rendirse las cuentas.

Castilla, pues, ha reconocido el derecho de Reina, no sólo en ocasión anterior al pleito, sino al comenzar éste y responder el libelo de demanda.

Así las cosas, creada por las mismas declaraciones explícitas e inequívocas de él la situación que acaba de trazarse, que implica renuncia de la prescripción y a la vez la interrupción a que se refiere el Art. 2539 del C. C., no le era dado ya más tarde invocar aquella excepción como lo hizo al alegar de bien probado.

Se tiene, pues, que, si en sus casos es oponible la prescripción establecida por el artículo 2543 de esta obra, en el presente no lo es, por mediar dichas interrupción y renuncia.

A mayor abundamiento se advierte que las precedentes consideraciones miran solamente hacia la prescripción.

Otra cuestión distinta es la relativa al valor de la remuneración.

A este respecto cabe observar que Castilla habla de haber dado por sentado primeramente que ella era de diez pesos mensuales, porque éste era el sueldo de Reina cuando habiendo llegado a mayordomo, dejó la hacienda para regresar espontáneamente poco tiempo después y comenzar la época a que se refiere el pleito. Castilla manifiesta que transaccionalmente ofreció a $ 20 mensuales cuando se intentó arreglo entre los dos a comienzos de 1933. Y Reina dice que no aceptó ni halla aceptables las ofertas de Castilla. Ambos están en completo acuerdo en que no hubo fijación, como quedó ya advertido en este fallo, ni al comenzar esos trabajos, ni al terminar, ni en su largo curso.

Es de suponerse que Reina atendía a gastos personales, al menos a esos imprescindibles de la vida cuotidiana que no le atendía, como la manutención, la hacienda; y forzosamente hay que suponer que, no teniendo entradas distintas, que se sepa o a que siquiera se haya hecho la menor alusión aquí, para esos gastos había de tomar precisamente de los fondos de la finca. Natural es descontárselos de lo que mensualmente ganara; natural es pensar que él los tomara efectivamente, como se acaba de observar, y que los imputara a buenas cuentas de sus sueldos. Pero el juzgador ha de observar al respecto que no se ha comprobado nada de lo que acaba de anotarse aquí como algo que se colige; y que, por otra parte, Reina se anticipa en su demanda a reconocer que la mayor parte de los $ 1.977.06 que en ella pide se le descuente en favor de Castilla provienen de los dineros que de éste recibió para la finca. Así las cosas, no puede hacerse del valor total, un descuento distinto del comprobado en autos por el dicho del mismo demandante.

Se debe, por tanto, condenar en la totalidad del saldo liquidado por los peritos, de que ya se habló, esto es, por los $ 3.212.94 que quedan al restar del valor total de los servicios de Reina a $ 30 mensuales en los 173 meses que sirvió, o sea, de un minuendo de dichos $ 5.190, las sumas reconocidas por él en su demanda en favor de Castilla, que forman un sustraendo de $ 1.977.06.

Los servicios se prestaron en hacienda ubicada en Rovira (antigua Miraflores), del circuito judicial de Ibagué. Además esta ciudad es el domicilio del deudor, lo que bastaría para señalarla como lugar del pago, de conformidad con el artículo 1646 del C. C.

El señor Castilla, que alcanzó a ser notificado personalmente de la demanda y a responderla el 31 de octubre de 1933, falleció

al poco tiempo; de manera que es de 21 de mayo de 1934 la providencia en que se declara abierta su causa mortuoria y heredera del causante a su viuda señora Sara Castilla de Castilla, cuya calidad y derechos de cónyuge supérstite ese mismo auto le reconoce. (Fol. 12, Cdno. 1º). Con ella en tales calidades se continuó la presente causa, por medio del apoderado que, así, constituyó.

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 Ibagué el veinticuatro de enero del presente año, y revocando la del Juzgado 1º de ese Circuito, condena a Francisco Castilla, hoy su sucesión, a pagar en Ibagué, en moneda corriente, a Abisael Reina tres mil doscientos doce pesos noventa y cuatro centavos ($ S.212.94), saldo a favor de éste por valor de sus servicios en la hacienda de Chimbá, del primero de agosto de mil novecientos diez y ocho al treinta y uno de diciembre de mil novecientos treinta y dos.

El pago se hará dentro de tercero día de ejecutoriado el presente fallo.

No se hace condenación en costas.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Antonio Rocha, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J., Juan Francisco Mújica, Eduardo Zuleta Angel, Emilio Prieto Hernández, Srio. into.

DEMANDA DE CASACION POR SUPUESTA NULIDAD DEL JUICIO

Al tenor del artículo 264 del C. J., que concuerda con el 2194 del C. C., el mandato judicial no termina por la muerte del mandante si ya está notificada la demanda, mientras no sea revocado por los herederos o expire por otra causa legal. A los curadores "ad litem", como a mandatarios judiciales, les es aplicable el artículo 264 del C. J. El recurso de casación no es medio ni ocasión para sanear nulidades de procedimiento cuando del proceso se advierte que el fallador de instancia no tuvo oportunidad para observar que existía la nulidad de que se trata, u otra alguna.

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

(Magistrado ponente, Dr. Antonio Rocha).

Antecedentes pertinentes

Por sentencia—definitiva y de segunda instancia—de fecha 31 de octubre de 1935, el Tribunal Superior de Bogotá condenó a los señores Isaac Pulido J., Belisario Pulido y Clementina Pulido v. de Benítez, en su calidad de herederos universales de la señorita Gertrudis Pulido Rubio, a pagar al señor Bernardo Benjumea dentro del término de seis días contados desde la ejecutoria de la sentencia, la cantidad de tres mil pesos moneda corriente, divididos por iguales partes entre los tres demandados, por la remuneración que a Bernardo Benjumea le corresponde como mandatario que fue de la señorita Pulido Rubio. Decretó también el beneficio de separación de un derecho proindiviso adjudicado a Isaac Pulido en la sucesión ya citada; negó otra solicitud, se abstuvo de condenar en costas procesales y declaró que así quedaba reformada la sentencia de primera instancia.

El Tribunal, después de anotar que Isaac Pulido J., uno de los tres demandados, había contestado personalmente la demanda y que luégo se hizo representar en el juicio por medio de apoderado, agrega, respecto de los otros dos demandados, la consideración que en seguida se trascribe:

"Conviene antes de pasar adelante establecer si los demandados Belisario Pulido y Clementina Pulido han estado bien representados en el juicio a fin de que la sentencia les aproveche o perjudique. Aparece del expediente que les fue nombrado curador ad-litem para recibir la notificación de la demanda y en el emplazamiento se les citó para estar a derecho en el juicio; está acredi-

tado el nombramiento y posesión del curador con las formalidades legales, a quien se le notificó y corrió traslado de la demanda y su reforma, que contestó oportunamente; luégo se viene en conocimiento que los demandados han estado bien representados y en consecuencia el procedimiento por este aspecto no adolece de nulidad".

Estudio de la demanda de casación

Isaac Pulido J., por medio de apoderado, interpuso el recurso de casación contra el referido fallo, y a la demanda en que lo funda, va ante la Corte, acompaña la partida de defunción del codemandado Belisario Pulido, para alegar y demostrar que murió en el curso del litigio y que los herederos de Beilsario "no han intervenido en el juicio en forma alguna y por tanto no han ratificado tácita ni expresamente lo actuado después de la muerte de su causante".

Invoca el 6º de los motivos de casación determinados por el artículo 520 del C. J., y lo concreta al inciso 3º del artículo 448 ibídem, al tenor del cual es causa de nulidad del proceso: "La falta de citación o emplazamiento en la forma legal de las personas que han debido ser llamadas al juicio".

Después de hacer algunas consideraciones sobre la manera cómo se trásmiten a la sucesión los derechos y obligaciones del decujus, aduce el recurrente dos razones en apoyo de su demanda de casación:

a) Que los litigios iniciados antes de la muerte del causante y continuados después de ella adolecen de nulidad si no se cita o se emplaza en forma legal al heredero, porque la muerte pone fin a la litis; y b) Que la muerte de la persona que litiga extingue la misión del curador ad-litem, que no es un mandatario, sino representante de la persona física que falleció, o remisa o ausente.

La Corte considera que no es aceptable el motivo de casación invocado por tres razones:

1º Porque al tenor del artículo 264 del C. J., que concuerda con el 2134 del civil, el mandato judicial no termina por la muerte del mandante si ya está notificada la demanda, mientras no sea revocado por los herederos o expire por otra causa legal. En el presente juicio, la muerte de Belisario Pulido ocurrió después de contestada la demanda, y lo fue por medio de un curador ad-litem, nombrado por el Juez previos los trámites de ley, trámites que ningún reparo le merecen al recurrente;

2º Porque los curadores para pleito o ad-litem, aunque no deriven la representación de la voluntad del representado, son mandatarios que el Juez le da a ciertas personas que no pueden o no quieren comparecer al juicio, en circunstancias que la ley determina, y como a mandatarios judiciales les es aplicable la referida disposición del artículo 264 del Código Judicial;

3º Porque el recurso de casación no es medio ni ocasión para sanear nulidades de procedimiento cuando del proceso se advierte que el fallador de instancia no tuvo oportunidad o pie para observar (es el término que usa el artículo 455 del C. J.) que existía la causal de nulidad de que se trata, u otra alguna, ni de oficio, ni por aviso de los interesados. En el presente litigio el recurrente nada dijo sobre la defunción de uno de sus codemandados mientras esperaba el fallo definitivo, y sólo en casación alega el hecho por primera vez y lo prueba, incurriendo en alegación de medio nuevo y de aducción de prueba con posterioridad a la sentencia recurrida, lo que hace inadmisible el recurso.

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, no casa la sentencia de fecha 31 de octubre de 1935 pronunciada por el Tribunal Superior de Bogotá y condena al recurrente en las costas del recurso.

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

Antonio Rocha, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J., Juan Francisco Mújica, Eduardo Zuleta Angel, Emilio Prieto Hernández, Srio. int.

DEMANDA DE NULIDAD DE UN JUICIO, DE PETICION DE CARENCIA DE DERECHO DE LOS DEMANDADOS PARA PROMOVER UNA DEMANDA, SOBRE PAGO DE MEJORAS, PERJUICIOS, ETC.

El concepto de despojo que contemplaba, en uno de sus casos, el artículo 282 de la Ley 105 de 1890, no tiene cabida sino cuando el poseedor es privado de la posesión, o el tenedor de la tenencia, por la autoridad, pero sin previo juicio. Cuando la pérdida o privación de la posesión o tenencia provienen de un juicio que posteriormente se declara nulo, las consecuencias jurídicas y legales son distintas y no puede decirse que en virtud de esa nulidad haya habido despojo. Cuando la situación del poseedor se varía, desconoce o modifica a petición de un tercero y por medio de la autoridad, el principio fundamental de los interdictos posesorios desaparece y entonces el fenómeno jurídico y legal que se produce por esa privación o modificación en la posesión, es muy distinto del principio que domina en los interdictos posesorios. No habiéndose tratado de un juicio por despojo en aquél a que el presente se refiere, ni del ejercicio de la acción del artículo 977 del C. C., fue del todo errada la conclusión del Tribunal sentenciador.

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

(Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón)

ANTECEDENTES

Ignacio Rivas Putnam, por medio de apoderado, inició demanda de desahucio y lanzamiento, ante el juez municipal de Purificación, contra Antonio Rodríguez y otros, para que se decretara la desocupación de las estancias que en los mangones denominados El Cucharo y Minas o Saldaña, de la hacienda de El Raurá, ocupaban a título de arrendatarios los demandantes.

El juicio siguió su curso y los demandados fueron lanzados de los estancias señaladas en la demanda.

LA DEMANDA

Una vez terminada esta actuación, y consumados los hechos, los desahuciados y lanzados, por medio de apoderado, iniciaron demanda ordinaria ante el juez 1º del Circuito de Purificación contra Ignacio Rivas Putnan, Inés Leyva de Rivas y Leoncio M. Valdés, para que se hicieran las siguientes declaraciones, que pueden sintetizarse así:

a) Que se decrete la nulidad de toda la actuación promovida por Manuel Escobar, ante el Juez Municipal de Purificación, la nulidad y ningún valor ni efecto jurídico de los autos pronunciados por dicho juez municipal sobre desahucio y lanzamiento, y la nulidad de todo ese juicio.

b) Que se declare que Ignacio Rivas Putnam y la señora Inés Leyva de Rivas, carecen de derecho para promover demanda de desahucio y lanzamiento contra los demandantes, y que los mangones de Minas o Saldaña y El Cucharo no pertenecen en dominio y propiedad a los expresados Rivas Putnam y Leyva de Rivas.

c) Que los demandantes vienen ocupando con casa de habitación, cultivos y ganados hace más de cuarenta años, por sí y por medio de sus antecesores, los mangones dichos y han poseído las mejoras especificadas en la demanda dentro de esos mangones.

d) Que como consecuencia de la nulidad o nulidades solicitadas se condene a los demandados solidariamente a pagar a los demandantes el valor de sus respectivas mejoras y los perjuicios que hayan sufrido los demandantes por razón de la demanda de desahucio y lanzamiento, más los gastos del presente juicio.

Como primera subsidiaria pidieron los demandantes que se condenara a los demandados a restituírles sus mejoras, con sus frutos naturales y civiles, a justiprecio de peritos o el valor de las mejoras, caso de no existir éstas, con sus frutos naturales y civiles, más los perjuicios que han sufrido los demandantes por el desahucio y lanzamiento y las costas del juicio.

Como segunda subsidiaria pidieron que los demandantes fueran condenados a pagar a los actores el valor de sus mejoras a justiprecio de peritos y las costas del juicio y que se declare cualquiera que sea la acción que triunfe, que los demandantes tienen derecho a retener las mejoras mientras no se verifique el pago de éstas o se asegure su pago conforme a la ley.

En primera instancia y por sentencia de cinco de agosto de mil novecientos treinta y dos, el Juez del Circuito de Purificación

desató la litis en estos términos: declaró nulos y de ningún valor los autos pronunciados por el Juez Municipal de Purificación sobre desahucio y lanzamiento promovido por el apoderado de Ignacio Rivas Putnam, contra Martín Barrios y otros, fechados el diez y nueve de abril y diez y nueve de agosto de mil novecientos veintisiete y consecuencialmente nulos los lanzamientos practicados como efecto de esos autos; declaró que ni Rivas Putnam en su propio nombre, ni como representante de Inés Leyva de Rivas, demostraron que tuvieran derecho a proponer el desahucio, ni demostraron que los mangones de Saldaña o Minas y el Cucharo sean de propiedad de Ignacio Rivas Putnam, ni de Inés Leyva de Rivas; declaró que los demandantes determinados en el numeral 5º de la sentencia, demostraron que tenían la posesión de las mejoras relacionadas en la parte motiva del fallo y ubicadas en los mangones de Saldaña o Minas y el Cucharo; condenó a Rivas Putnam a pagar a cada uno de los demandantes el valor de los perjuicios que les causó con el desahucio; declaró que los demandantes tienen derecho a seguir ocupando las porciones de terreno de los mangones expresados; condenó a Rivas Putnam a pagar las costas del juicio, negó las peticiones primera, quinta y sexta de la demanda, declaró no probadas las excepciones perentorias propuestas y absolvió a Inés Leyva de Rivas Putnam y a Leoncio M. Valdés de todos los cargos de la demanda.

Ignacio Rivas Putnam apeló del fallo y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, en sentencia de veinticuatro de marzo de mil novecientos treinta y cuatro, falló así el pleito: a) confirmó los puntos 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 7º, 9º y 10º de la parte resolutiva de la sentencia; reformó el punto tercero en el sentido de declarar que ni Ignacio Rivas, ni Inés Leyva de Rivas, carecen del derecho a proponer desahucio y lanzamiento contra los actuales demandantes en el juicio y aclaró que los demandantes tienen derecho a seguir ocupando los mangones de Saldaña, Minas y el Cucharo únicamente en las porciones donde están las mejoras, mientras no se ejerciten y prosperen contra ellos las acciones legales que competen al dueño del terreno.

Ignacio Rivas Putnam interpuso recurso de casación contra dicho fallo, recurso que previa la tramitación legal, pasa hoy a decidirse.

Análisis de la sentencia y del recurso

Sobre el concepto de que los efectos de la nulidad del juicio de desahucio y lanzamiento, son los del despojo, el Tribunal para condenar al demandado Rivas Putnam al pago de mejoras y perjuicios a favor de los demandantes y para declarar que los actores tienen derecho a seguir ocupando los mangones de Saldaña o Minas y el Cucharo, se fundó en los artículos 977 y 1987 del C. C. Para el Tribunal los demandantes fueron despojados de las mejoras y al efecto se expresa así: "de donde resulta que estando los demandantes en posesión de sus mejoras y habiéndoseles despojado de ellas en virtud del lanzamiento sin las formalidades legales, tienen derecho a ser indemnizados, y aun en caso de arrendamiento el hecho de turbarse al arrendatario en el goce de la cosa, da derecho a la indemnización, como lo prescribe el artículo 1987 del C. C.

Existe, pues, para el Tribunal el concepto de despojo y el concepto de perturbación del arrendamiento, por el arrendador y son esos conceptos el fundamento de su sentencia, la cual como acaba de expresarse se funda en los artículos 977 y 1897 del C. C.

El recurrente de acuerdo con el fallo enfocó su demanda de casación atacando la sentencia por violación e indebida aplicación de los dos artículos en que se funda el fallo recurrido y al efecto dice: "El Tribunal violó las disposiciones contenidas en los artículos a que me refiero (977 y 1897 del C. C.), porque estimó que el señor Ignacio Rivas Putnam había despojado de su posesión a los demandantes, o al menos los había perturbado en el goce de la cosa arrendada".

Antes de proseguir en el análisis de la sentencia y en el estudio de los cargos, es necesario precisar el alcance de este juicio y del fallo atacado. Los demandantes no alegan dominio sobre el terreno de los mangones sino sobre sus mejoras y reconocen sobre dichos mangones dominio ajeno. De modo, pues, que el presente litigio no puede entenderse como el ejercicio de ninguna acción que le dispute o le desconozca el derecho de dominio que tenga o pueda tener el demandado. Y éste es un extremo aceptado por las partes, aceptado por el Tribunal fallador y que está fuera del recurso.

Siendo así las cosas todo el problema se reduce a averiguar la posesión jurídica de los demandantes respecto del demandado, en lo que atañe a las mejoras que aquéllos le reclaman.

El concepto del despojo, según el artículo 282 de la ley 105 de 1890, vigente cuando se inició el juicio de desahucio y cuando se inició el presente litigio tenía lugar en tres casos: 1º Cuando se privaba a una

persona de la posesión o tenencia de una cosa valiéndose de la fuerza. 2º Cuando en ausencia del poseedor o tenedor otro se apoderaba de la cosa y volviendo el tenedor o poseedor era repelido por la fuerza, y 3º Cuando la autoridad, fuera de los casos de la ley, privaba a cualquiera de la posesión o tenencia de la cosa, sin previo juicio. Los dos primeros casos nada tienen que ver en este debate, es sólo el último el que debe estudiarse. La privación de la posesión o tenencia de una cosa no entraña despojo cuando es la consecuencia del cumplimiento de una sentencia. El concepto de despojo en el extremo que se estudia no tiene cabida sino cuando el poseedor es privado de la posesión, o el tenedor de la tenencia, por la autoridad, pero sin previo juicio. Cuando la pérdida o privación de la posesión o tenencia provienen de un juicio que posteriormente se declara nulo, las consecuencias jurídicas y legales son distintas y no puede decirse que en virtud de esa nulidad haya habido despojo, entre otras razones porque cuando se priva de la posesión o tenencia es de suponer que es en cumplimiento de un juicio que aún no ha sido declarado nulo, es decir, que rige mientras no venga la declaratoria de esa nulidad. El concepto de nulidad procesal y de sus consecuencias y el concepto de despojo y también sus consecuencias, son bien distintas y en el último entra en juego el factor de arbitrariedad, por parte de las autoridades, que nada tiene que ver cuado se trata de la nulidad adjetiva de un proceso judicial.

Síguese de lo anterior que no puede sostenerse que los demandantes en este juicio hayan sido víctimas de un despojo, en concepto que ya se ha expresado y si así hubiera sido, la acción de los despojados sería la del artículo 283 de la ley 105 de 1890.

Los interdictos posesorios están dominados, desde el tiempo del Derecho Romano, por este concepto: posesión por una parte, perturbación o embarazo en el goce de la posesión por otra, perturbación, privación o embarazo de la posesión, por la acción directa de un tercero, con quien se supone no esté ligado el poseedor.

Considerando que el poseedor es reputado como dueño, teniendo en cuenta que la posesión constituye un hecho jurídico, la ley protege a quien se halla en esa situación legal, contra las actuaciones y abusos de un tercero, que por sí y ante sí quiere desconocer ese estado. Pero cuando esa situación se varía, desconoce o modifica, a petición de un tercero y por medio de la autoridad, el principio fundamental de los interdictos posesorios desaparece y entonces el fenómeno jurídico y legal que se produce por esa privación o modificación en la posesión, es muy distinto del principio que domina en los interdictos posesorios. Fuera del caso de despojo, privación de la posesión o tenencia, sin previo juicio, por parte de la autoridad, no tiene lugar el ejercicio de las acciones posesorias cuando la autoridad por resolución es la que ha modificado el statuto quo.

El Tribunal fallador sin tener en cuenta lo que se discute en el juicio, sin considerar el fenómeno producido por el juicio de desahucio y lanzamiento, aplicó el artículo 977 al caso de la litis y en él fundó su sentencia, aplicación indebida, infracción por esta mala aplicación de la norma jurídica que acaba de citarse, porque en este litigio no se trata del ejercicio de acciones posesorias, ni caben éstas por lo ya dicho.

Al aplicar este artículo el Tribunal sacó como conclusiones el pago de perjuicios del demandado a los demandantes, y la restitución a éstos en la posesión de sus mejoras.

Esta conclusión es del todo errada, por lo siguiente: a) porque no se trata de un juicio de despojo, ni del ejercicio de la acción del artículo 977 y por lo tanto el concepto del perjuicio no existe, y b) porque mediando el concepto de arrendamiento entre demandante y demandado, concepto éste que en sus consecuencias se estudiará adelante, mal puede proceder la restitución toda vez que equivaldría a obligar a una de las partes, al demandado, a persistir o seguir en un contrato de arrendamiento, para el cual no tiene voluntad, porque el desahucio es la notificación de la cesación del arrendamiento y esta notificación la hizo Rivas Putnam por medio de la autoridad, cuando inició el juicio, con lo cual se acomodó a lo prescrito en el artículo 2009 del C. C. El lanzamiento es la consecuencia del juicio de desahucio, pero la expiración del arrendamiento tiene lugar, entre otros casos, cuando ha habido notificación del desahucio, notificación que puede ser judicial o extrajudicial.

La aplicación del artículo 1897 del C. C., da también por resultado la infracción de esta otra norma y produce el fenómeno de aplicación indebida de ella, porque dicho artículo contempla el caso de una turbación que sufre el arrendatario, por el arrendador, directamente, por obra de éste, sin intervención de la autoridad, sin previo ejercicio de una acción.

Condicionada la parte resolutiva de la sentencia a las normas jurídicas ya expresadas, teniendo en cuenta el desarrollo de ellas en el fallo y considerando el motivo

de casación que se analiza, violación, por varios conceptos de los artículos 997 y 1887 del C. C., es forzoso concluír que la acusación a la sentencia es fundada y que por lo tanto debe casarse.

Sentencia de instancia

Si no existiera sino la petición principal, la parte resolutiva de esta sentencia, sería la absolución del demandado, pero como existen dos peticiones subsidiarias, la Corte debe entrar como tribunal de instancia a considerar esas dos peticiones, que no tuvieron oportunidad de estudiar ni el juez de la instancia ni el Tribunal de Ibagué, por lo mismo que acogieron la mayor parte de las súplicas de la petición principal, valiendo la pena observar que las subsidiarias se fundan en conceptos distintos de la principal.

Las dos peticiones subsidiarias se encaminan a obtener el pago de las mejoras que reclaman los demandantes; la primera subsidiaria, que es la que la Corte debe estudiar, se encamina a obtener este pago, caso de que no existan las mejoras, y la segunda únicamente al pago de las mejoras.

Para el estudio de esta petición es preciso considerar los siguientes extremos: a) Qué relación jurírica ligaba a los demandantes con el demandado respecto de la tenencia de los mangones, Minas o Saldaña y el Cucharo; b) Existencia de las mejoras que reclaman; c) Propiedad de estas mejoras, es decir, si son de los demandantes o del demandado y d) Reembolso de las mejoras.

a) Como ya se expresó, los demandantes no alegan dominio sobre los mangones y reconocen respecto de ellos derecho ajeno. Demandantes y demandado parten de la base de la existencia de un contrato de arrendamiento. Es este punto establecido con toda claridad en los autos y que no admite la menor discusión. En efecto, los poderes conferidos por los demandantes al doctor Alcides Castellanos, para que entable el presente juicio, dicen así en lo pertinete: "Para que se decrete que tenemos el derecho de retención de las mejoras de que fuimos lanzados como arrendatarios del señor Rivas Putnam". (Fojas 1ª a 6ª del cuaderno principal). Desde el momento, pues, de iniciar el juicio los demandantes fijaron su posesión de arrendatarios y sobre esa base otorgaron los poderes respectivos y determinaron al arrendador o sea el señor Rivas Putnam.

Por su parte Rivas Putnam, para ejercer su acción de desahucio y lanzamiento contra los demandantes en este juicio, se presentó como arrendador y con las declaraciones de José Domingo Gutiérrez, Ascencio Perdomo y Carlos Niño Beltrán, comprobó tal carácter de arrendador. Sobre esa base se siguió y tramitó el juicio de desahucio y ese extremo o sea su calidad de arrendador, la ha sostenido también el demandado en este fallo.

La relación jurídica que liga, pues, a los demandantes con el demadado en este litigio es la que proviene de un contrato de arrendamiento.

Ahora bien, es necesario averiguar por qué normas está regido ese contrato. El demandado sostiene que por las estipulaciones consignadas en el reglamento de la hacienda de "El Baurá", pero el mismo demandado se encargó de desvirtuar su propio aserto, pues los testigos que presentó para establecer la existencia del contrato de arrendamiento, declararon que esos contratos entre el demandado y los demandantes habían sido verbales.

No está acreditado que los demandantes hubieran suscrito el reglamento de la hacienda de "El Baurá", pero sí está acreditado que eran arrendatarios del señor Rivas Putnam y que le pagan ciertas obligaciones y esta prueba la ha suministrado la misma parte demandante. En efecto, al folio 42 del cuaderno 5º el apoderado de la parte actora pidió que se recibieran varias declaraciones, como al efecto se hizo, y los testigos declararon sobre estos hechos: si los demandantes son arrendatarios del señor Ignacio Rivas Putnam, lo que les consta y pueden afirmar porque han visto y conocido las mejoras que en la hacienda de Putnam tienen los demandantes y si les consta y pueden afirmar porque han visto y conocido las mejoras que en la hacienda "Putnam" tienen los demandantes y si les consta y pueden afirmar que son arrendatarios del señor Rivas P. por haber presenciado que le paguen obligaciones en servicio. El demandado conviene en estos hechos, de donde la Corte llega a estas conclusiones: a) los demandantes fueron arrendatarios del señor Rivas Putnam en la hacienda de "El Baurá", en los mangones de Minas o Saldaña o el Cucharo; b) los contratos de arrendamiento fueron verbales y no se estipuló término para su duración, lo cual afirmó Rivas en el juicio de lanzamiento, y en lo cual consintieron los demandantes hoy, quienes al ser lanzados dijeron que no se oponían al lanzamiento, y c) los arrendatarios pagaban obligaciones al señor Rivas Putnam como arrendador.

Estas tres conclusiones sacadas de las pruebas del expediente, ya que no se puede tener como prueba el reglamento de "El Baurá", reconstruyen en parte por lo menos el contrato verbal, pero no son de importancia en este fallo, porque no son materia del debate y ni siquiera de discusión. Lo que se discute es la cuestión de las mejoras.

b) Existencia de las mejoras reclamadas.

Desde un punto de vista general tampoco hay discusión sobre este extremo, porque en la diligencia de lanzamiento se constató la existencia de las mejoras, porque el demandado al contestar la demanda, convino en la existencia de esas mejoras y finalmente porque los demandantes han demostrado superabundantemente ese extremo. Sobre esta base firmísima, lo que debe averiguarse es la cuestión particular de cuáles eran las mejoras de cada uno de los demandantes.

Los demandantes presentaron las declaraciones de Florencio Barrero, fojas 3 v. y siguientes del cuaderno número 3º, Silvestre Sánchez, Félix Lozano R., Lucas Bocaleda, Emeterio Ruiz, Enrique Ruiz, Bonifacio Rivera, Eustacio Rodríguez, Valentín Orjuela, Melitón Sánchez, Cecilio Rodríguez, Ignacio Cabezas, Alejandro Sáchez, Ricardo Céspedes, Marcelo Sánchez, fojas 60 y siguientes del cuaderno número 10 y todos los testigos dando razón de dicho y por conocimiento personal y directo, declararon que los demandantes son dueños de las mejoras especificadas en el hecho 7º de la demanda.

Para dar a esta prueba testimonial el valor que le asigna el artículo 697 del C. J., como en efecto se lo da la Corte, tiene en cuenta lo siguiente: a) Que el mismo demandado conviene en general en la existencia de las mejoras; 2º Que esas declaraciones cuadran perfectamente con lo que se observó por el juez en el día de la diligencia de desahucio y lanzamiento, es decir, que los demandantes tenían y estaban en posesión de sus casas, cercas, sementeras y plantíos. 3º Que el juez que recibió esos testimonios dejó constancia en cada una de las declaraciones, que se interrogó a los testigos en distintas formas para cerciorarse si declaraban por sus propias y directas percepciones y que de la precisión con que declararon dedujo que los testigos tenían conocimiento personal y exacto de lo que declaraban, y 4º Que el demandado ni contradijo ni desvirtuó esas declaraciones.

c) Propiedad de las mejoras.

El demandado presentó el reglamento de la hacienda de "El Baurá" y se acoge a él y de ese reglamento aparece que el arrendador señor Rivas Putnam, estimó y consideró siempre que las mejoras pertenecían a los arrendatarios. Así se deduce claramente de los artículos 2º, 6º y 7º del citado reglamento. Por su parte, los demandantes demostraron también plenamente que eran dueños de las mejoras. Pero hay un hecho aún más sigificativo y trascendental, y que por sí solo, sin tener en cuenta los dos factores que acaban de apuntarse, demuestra que las mejoras son de los arrendatarios y hoy demandantes, a saber: Que el día de la diligencia de lanzamiento la parte demandada en este juicio, el señor Rivas Putnam, por medio de su apoderado, manifestó a los arrendatarios que podían retirar sus mejoras y al efecto consta que algunas de ellas fueron retiradas. (Al efecto consta).

La ejecución que las pártes dan a las cláusulas de un contrato constituye su interpretación auténtica y este principio que consagra el artículo 1622 del C. C., releva siempre al juzgador de cualquira otra interpretación, porque no estando de por medio el principio del orden público y las buenas costumbres, el juzgador no puede ir más adelante de la intención que los contratantes le hayan dado a las cláusulas de una convención.

Lo anterior releva a la Corte de entrar a considerar el asunto a la luz de las disposiciones del C. C., que rigen el contrato de arrendamiento, aun cuando vale la pena observar que la manera como ambas partes estiman el asunto relativo a las mejoras cuadra con las disposiciones sustantivas del precitado código.

La Corte al referirse al reglamento de la hacienda de "El Baurá", no lo hace tomándolo como plena prueba del contrato de arrendamiento, sino más que todo como un punto de referencia, que corrobora aún más la demostración de que las mejoras eran de los arrendatarios, pero como pudiera objetarse que ese reglamento debe apreciarse en lo desfavorable a los arrendatarios, se observa lo siguiente: que el reglamento, en el artículo 35, impone como sanción a los arrendatarios por el no cumplimiento del contrato la retención de las mejoras, sementeras y plantaciones y de los animales, al tenor del artículo 2000 del C. C. No existe en ese reglamento la sanción de la pérdida de las mejoras que deben soportar los arrendatarios que no cumplan con el contrato.

Las otras sanciones impuestas a los arrendatarios, nada tienen que ver ni en nada se rozan con este litigio.

Mas al tratar sobre esto no puede la Corte, por vía doctrinal meramente, porque no es extremo del debate, abstenerse de hacer algunas consideraciones sobre esta clase de contratos de arrendamiento.

Las relaciones sobre la figura jurídica que hoy se llama contrato de trabajo, se rigieron en un principio por el contrato de arrendamiento, hasta cuando se vio que era imposible aplicar a aquél las normas de éste y tras una lenta evolución doctrinaria, jurídica y legal, el contrato de trabajo vino a quedar formando una categoría distinta del contrato de arrendamiento y es tan distinta que para algunos expositores ni siquiera ambos contratos tienen identidad genérica.

El contrato de arrendamiento se aplicó entonces para convenciones de alcance más restringido, pero nuevas modalidades de la vida social, nuevos estudios y un examen más detenido de las cosas, en busca de mayor justicia individual y social, vinieron a poner de presente que el contrato de arrendamiento, especialmente en lo referente a predios rústicos, estaba ligado en su desarrollo al interés social y al desenvolvimiento económico. Sobre estas bases el principio de la autonomía de la voluntad de contratación, ha venido siendo restringido y es a la luz de tales principios como hoy se interpretan y se ejecutan tales contratos. Ni la anulación, ni el desconocimiento de los derechos del arrendador, por el hecho de entregar su predio en arrendamiento, lo cual equivaldría a eliminar el concepto de dominio precisamente por la ejecución de un acto emanente de éste. Pero ni tampoco, ni la anulación ni el desconocimiento de los derechos del arrendatario, que incorpora su trabajo, y expone su capital, en una labor que redunda no sólo en provecho de éste, sino en provecho del dueño del fundo y del interés social. La incorporación de ese trabajo y de ese capital no pueden quedar desconocidas o borradas y sin ninguna trascendencia por el hecho de una simple estipulación contractual. Así la estipulación que consistiera en la pérdida de las mejoras de un arrendatario, por el no cumplimiento de sus obligaciones o por ser desahuciado, pugnaría hoy contra verdaderos principios de orden público y social, porque una sanción contractual no puede tener los caracteres de una total anulación económica de uno de los contratantes. Las mismas cláusulas penales en los códigos fundados sobre normas clásicas, como el francés y el colombiano, tienen ciertas limitaciones respecto del alcance de ellas, porque se ha comprendido siempre que si esas cláusulas deben ser garantía, no pueden ser causa de ruina para el que sufre la sanción.

En los contratos de arrendamiento de predios rústicos y en especial en contratos de la naturaleza del que ha dado origen a este litigio, no debe perderse de vista el principio de cooperación entre arrendador y arrendatario, cooperación individual y social, y por eso no pueden los contratantes considerarse enfrentados como adversarios en esos pactos, ni ser admisibles ciertas cláusulas que desde el principio colocan a uno de los contratantes en un grado absoluto de inferioridad respecto del otro. Así el pago de las obligaciones en trabajo es una cláusula que hoy no resiste el análisis ni se justifica, porque el trabajo es un hecho voluntario, un deber, es verdad, del hombre, pero no materia de una enagenación incondicional, ilimitada e irrestricta.

Si así no fueran las cosas no existiría el derecho de huelga que reconocen hoy todas las doctrinas. Ciertas restricciones y ciertas penas impuestas a los arrendatarios y colonos, no se justifican cuando se salen de la naturaleza del mismo contrato o no se relacionan con él o en términos generales dificultan o hacen nugatorios los derechos y la actuación de los arrendatarios. De la misma manera las pretensiones de los arrendatarios, sobre dominio de la finca que trabajan y en la que entraron, con título precario, con reconocimiento de derecho ajeno, sobre desconocimiento y violación del contrato, además de hacer imposible la vida jurídica y ordenada, establecen un desequilibrio social que refluye en un perjuicio general.

La efectividad de estos contratos, es más práctica cuanto más justos sean ellos y las cláusulas que por vía de seguridad o de sanción han figurado por tanto tiempo en esas convenciones, lejos de hacer prácticas tales convenciones son causa de controversias y de perturbaciones funestas muchas veces.

d) Reembolso de las mejoras.

Sobre la base claramente establecida de la existencia de las mejoras reclamadas y de la propiedad de éstas, por parte de los demandantes, surge el problema de si el arrendador Rivas Putnam debe o no reembolsar el costo de las mejoras útiles a los demandantes. Se observa como cuestión previa que la señora Inés Leiva de Rivas, fue absuelta de todos los cargos de la demanda en la sentencia de primera instancia y que los demandantes no apelaron de ese fallo. Quedó, pues, descartada dicha señora en virtud de ese fallo y como único demandado y condenado el señor Rivas Put-

nam, por cuanto el señor Leoncio M. Valdés, también fue abauelto.

Según el artículo 1994 del C. C., el arrendador no es obligado a reembolsar el costo de las mejoras útiles, en que no ha consentido, con la expresa condición de abonarlas; pero el arrendatario podrá separar y llevarse los materiales sin detrimento de la cosa arrendada; a menos que el arrendador esté dispuesto a abonarle lo que valdrían los materiales considerándolos separados.

No está comprobado que el arrendador y demandado Rivas Putnam se hubiera obligado a reembolsar las mejoras útiles a los arrendatarios y demandantes. Por este aspecto y en frente del texto legal que acaba de citarse no encuentra la Corte que pueda prosperar la acción de los demandantes sobre pago o reembolso de las mejoras en este juicio.

En las reglas especiales sobre arrendamiento de predios rústicos contenidos en el capítulo veintiséis del libro cuarto del C. C., no existe ninguna disposición respecto del abono o reembolso de mejoras, luego debe aplicarse sobre el particular la regla general del artículo 1994 del C. C.

Pudiera entonces creerse que al caso que se contempla sería de pertinente aplicación el principio que informa el artículo 739 del C. C. Mas suponiendo, por vía de hipótesis, esa aplicabilidad, que no existe en el presente caso, porque dicha norma parte de la base de que no exista ninguna relación contractual, el principio consagrado en ella no favorecería a los demandantes porque sólo cuando se ha edificado, plantado o sembrado, a ciencia y paciencia del dueño del terreno, es cuando éste para recobrarlo es obligado a pagar el valor de la edificación, plantación o sementera.

Resulta de esta norma que la relación personal en ese caso es entre el que ha edificado, plantado o sembrado y el dueño del terreno. Por eso la Corte ha sostenido en muchas sentencias que la acción que tiene el que ha hecho plantaciones o edificaciones en terreno ajeno, es personal contra el que era dueño del fundo cuando se hicieron las mejoras y que tácitamente permitió.

Ahora bien: como está establecido en autos y es además una cuestión en que las partes están de acuerdo, que el demandado Rivas Putnam no es dueño de los mangones tantas veces citados, se concluye que la petición subsidiaria que se estudia en lo que se refiere al pago de las mejoras, aún en la hipótesis de que pudiera aplicarse el artículo 739 del C. C., habría estado mal dirigida, puesto que los actores habrían debido demandar para esa prestación al dueño de los mangones.

Caso, pues, de la aplicabilidad de dicho artículo habría habido acción errada, por parte de los demadantes y falta de personería sustantiva en el demandado, para ser obligado a pagar tales mejoras. De modo, pues, que cualquiera que sea el aspecto por donde se considere el asunto, se impone la absolución de Rivas Putnam respecto del pago de las mejoras.

La segunda parte de la acción subsidiaria que se estudia, es decir, la condenación en perjuicios por el desahucio y lanzamiento, no puede prosperar por lo ya expresado al casar el fallo del tribunal, pero la Corte cree del caso sobre ese particular hacer las siguientes consideraciones.

El juicio de lanzamiento es el ejercicio de una acción reconocida al arrendador para recuperar el predio dado en arrendamiento. El ejercicio de una acción, cuando ésta es adecuada, como es adecuada la acción de lanzamiento para recuperar el predio, no entraña abuso del derecho y por lo tanto al ejercitarla no puede nacer la acción de perjuicios contra el que la ejercita y a favor del demandado. Los perjuicios por perturbaciones que sufra el arrendatario, por culpa del arrendador o por cualquiera persona a quien éste pueda vedarlo, surgen cuando es la obra, el acto o la conducta del arrendador la que da lugar a ellos, según el artículo 1896 del C. C. y cuando no se ha ejercitado una acción judicial.

Al estudiar la sentencia acusada se vio que no es procedente la restitución en las mejoras, a los demandantes, porque con el hecho de la notificación del desahucio, terminó el contrato de arrendamiento. Por eso enseña el artículo 2014 del C. C. que terminado el arrendamiento por desahucio, no se entenderá en caso alguno que la aparente aquiescencia del arrendador a la retención de la cosa por el arrendatario, es una renovación del contrato. Por otra parte, los arrendatarios no se opusieron al lanzamiento y éste se consumó.

La petición b) de la primera subsidiaria, así como también la súplica de esa petición, sobre restitución de las mejoras a los demandantes, de las mejoras relacionadas en el punto séptimo de la demanda, no pueden, pues, prosperar.

La segunda subsidiaria debe correr la misma suerte por las razones en que la Corte se apoya para negar la primera petición subsidiaria.

El demandado propuso las excepciones perentorias de falta de acción y petición de un modo indebido, defensas que no es nece-

sario estudiar por lo mismo que el demandante ha de ser absuelto de todos los cargos de la demanda.

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 en este pleito por el Tribunal Superior de Ibagué con fecha veinticuatro de marzo de mil novecientos treinta y cuatro, revoca la sentencia dictada por el Juez del Circuito de Purificación, con fecha cinco de agosto de mil novecientos treinta y dos, y en su lugar sentencia:

Absuélvese al demandado Ignacio Rivas Putnam de todos los cargos deducidos contra él, tanto en la acción principal, como en las dos subsidiarias.

No hay costas en el proceso.

Notifíquese, cópiese, publíquese, insértese en la GACETA y devuélvase al Tribunal de su origen.

Antonio Rocha, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno C., Juan Francisco Mújica, Eduardo Zuleta Angel.—Emilio Prieto Hernández, Srio. interino.

TEORIA GENERAL DEL DOMICILIO.—DOMICILIO LEGAL; DOMICILIO DE ORIGEN; DOMICILIO DE ADQUISICION.—CAMBIO DE DOMICILIO.—PRUEBA DEL CAMBIO DE DOMICILIO. MODO DE DETERMINAR EL DOMICILIO ACTUAL DE UNA PERSONA

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

(Magistrado ponente, Dr. Eduardo Zuleta Angel)

CAPITULO I

Antecedentes

El día 6 de octubre de 1925 falleció en el Corregimiento de Flandes, de la comprensión municipal del Espinal, la señora María Santy viuda de Alcázar.

Este hecho dio lugar a que por las autoridades del Municipio se procediera a practicar las diligencias pertinentes en relación con los bienes relictos, no apareciendo testamento ni herederos abintestato ni parientes.

En el Juzgado del Circuito del Espinal se abrió el juicio de sucesión y en él se reconoció como heredero a ese municipio; igual cosa se hizo en el Juzgado 5º del Circuito de Bogotá, obteniendo en este juicio la declaratoria de heredero el Municipio de Bogotá. Los dos juicios se acumularon en el Espinal, y el Tribunal de Ibagué resolvió que las encontradas pretensiones a la herencia debían discutirse en juicio ordinario. De esa manera surgió el juicio que hoy está a conocimiento de la H. Corte Suprema.

Constituye en él el punto principal de divergencia entre las partes la determinación de cuál era el Municipio de la vecindad de la causante a la fecha de su muerte.

El 22 de septiembre de 1931 se presentó por el apoderado especialmente constituído por el Municipio del Espinal la demanda que encabeza el proceso. Las peticiones están formuladas así:

"Primera.—Que la señora María Santy de Alcázar murió en el Corregimiento de Flandes, de la comprensión del Municipio del Espinal, República de Colombia, Departamento del Tolima, comprensión del Circuito Judicial del Espinal.

"Segunda.—Que su último domicilio y vecindad fue el Municipio del Espinal, en cuya jurisdicción vivió por más de cuatro años y allí murió.

"Tercera.—Que el Municipio del Espinal es el único heredero de la señora María Santy de Alcázar, por no haber dejado ésta, ni descendientes legítimos, ni legítimos ascendientes, ni padres naturales, ni hermanos naturales, ni cónyuge sobreviviente ni pariente legítimo que la ley reconozca en línea de consanguinidad.

"Cuarta.—Que el Municipio del Espinal excluye al de Bogotá como heredero en la sucesión intestada de la señora María Santy de Alcázar y a ese título debe adjudicár-

sele y entregársele todos los bienes de aquella sucesión al Municipio del Espinal.

"Quinta.—Que la declaratoria de herederos hecha por el Juzgado 5º del Circuito de Bogotá a favor del Municipio de Bogotá, en forma breve y sumaria, no perjudica los derechos ni los intereses del Municipio del Espinal, quien también fue declarado heredero por el señor Juez del Circuito del Espinal en el juicio de sucesión por causa de muerte de la señora María Santy de Alcázar, por no tener el carácter de sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, y por haberse hecho sin perjuicio de terceros.

"Sexta.—Que en fuerza de todo lo anterior, se ordene la adjudicación y entrega de todos los bienes de la sucesión de la señora María Santy de Alcázar al Municipio del Espinal, en su carácter de único heredero".

El Municipio de Bogotá contestó oportunamente la demanda oponiéndose a lo pedido y sosteniendo su mejor derecho sobre la herencia disputada.

Surtida la tramitación de la primera instancia, el señor Juez del Circuito del Espinal le puso fin con la sentencia de fecha 26 de julio de 1938 que en su parte resolutiva dice:

"Por las razones expuestas, el Juzgado administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, Declara:

"Primero.—El Municipio del Espinal del Departamento del Tolima de la República de Colombia, es heredero único de la señora María Santy de Alcázar, por no haberse presentado a reclamar la herencia de ésta, ningún pariente que tenga derecho a sucederla conforme a las leyes.

"Segundo.—El Municipio del Espinal excluye al de Bogotá, como heredero en la sucesión intestada de la señora María Santy de Alcázar, y a ese título deben serle adjudicados y entregados a aquél todos los bienes de esa herencia.

"Tercero.—La declaratoria de heredero hecha a favor del Municipio de Bogotá, por el Juzgado 5º del Circuito de Bogotá, en forma breve y sumaria, no perjudica los derechos del Municipio del Espinal reconocidos en este fallo.

"Cuarto.—En consecuencia, se ordena verificar la liquidación de los bienes de la herencia de María Santy de Alcázar en conformidad con las declaraciones hechas en esta sentencia".

Por apelación interpuesta por el Municipio de Bogotá fue el asunto a conocimiento del Tribunal Superior de Ibagué, y esa superioridad en sentencia de fecha 30 de noviembre del año próximo pasado, que es la sometida al recurso de casación, confirmó el fallo de primera instancia.

CAPITULO II

Teoría general del domicilio

Unánimemente reconoce la doctrina francesa que las reglas del Código de Napoleón sobre el domicilio son vagas, deficientes y hasta contradictorias, y que como consecuencia de ello resulta con frecuencia muy difícil determinar el domicilio de una persona.

Lo propio puedo decirse de las normas jurídicas contenidas en el Título I de nuestro Código Civil. Distintas de las del Código de Napoleón, no son ni más claras ni más precisas ni más armónicas que éstas. Por el contrario, entre nosotros vino a agravar las dificultades de interpretación el hecho de que se adoptara la regla consagrada en el artículo 76 que los legisladores franceses, para no complicar más el problema, se negaron a adoptar no obstante que figuraba en el proyecto de Código elaborado por Tronchet y sus compañeros de comisión.

Como la deficiencia legislativa no ha sido suplida en Colombia por medio de la elaboración doctrinaria de una teoría general del domicilio, la Sala estima procedente, para el estudio del recurso interpuesto por el Municipio de Bogotá, exponer previamente su pensamiento sobre la cuestión global de la determinación del domicilio general o domicilio real.

Las ideas dominantes respecto de la determinación del domicilio general aparecen consignadas en los artículos 76 y 78 del Código Civil en los cuales el legislador colombiano—en vez de adoptar el criterio del artículo 102 del Código francés que prescribe que el domicilio de todo francés está en el lugar en que tenga su principal establecimiento—instituyó que el domicilio consiste en la residencia acompañada, real o presuntivamente, del ánimo de permanecer en ella y que el lugar en donde un individuo está de asiento o donde ejerce habitualmente su profesión u oficio, determina su domicilio civil o vecindad.

Pero esas ideas dominantes, ni aparecen allí completas ni son las únicas que el legislador suministra para la determinación del

domicilio ni constituyen una definición científica de éste.

Para precisar las ideas al respecto es menester distinguir —atendiendo para ello al modo de adquisición y siguiendo al efecto el sistema de clasificación propuesto por la doctrina más reciente (Beaudant, Lerebours P. y Batiffol, Curso de Dr. Civ. Fr., 1936, T. II, números 435 y siguientes; Alessandri Rodríguez, Versiones taquigráficas de sus conferencias de Derecho Civil, De las personas, página 208)— tres especies de domicilio general: a) el domicilio legal, de derecho o de dependencia; b) el domicilio de origen; y c) el domicilio de adquisición, o de escogencia o voluntario.

Domicilio legal, de derecho o de dependencia

En cinco casos se encarga la ley de imponerle directamente el domicilio a una persona:

a) De acuerdo con el art. 88 el que vive bajo patria potestad sigue el domicilio paterno;

b) Al tenor del mismo texto el que se halla bajo tutela o curaduría sigue el domicilio de su tutor o curador;

c) Conforme al art. 87 la mujer casada sigue el domicilio del marido;

d) Según el art. 89 los criados y dependientes tienen el domicilio de la persona a cuyo servicio están cuando residen en la misma casa que ésta;

e) Los confinados y desterrados retienen el domicilio anterior mientras conserven en él su familia y el principal asiento de sus negocios, al tenor de lo dispuesto en el inciso segundo del art. 81.

Es de advertir que en la legislación francesa existe un sexto caso de domicilio de dependencia, el de los funcionarios vitalicios; pero entre nosotros al respecto sólo se consagra de manera general, para todas las personas que aceptan un empleo de los que regularmente se confieren por largo tiempo, una presunción sobre el ánimo de permanecer y avecindarse en el lugar donde van a ejercer sus funciones.

Domicilio de origen

Es el que se tiene en el momento en que se adquiere la capacidad de tener uno que sea personal y que se conserva hasta cuando se adquiere otro.

No se confunde con el domicilio de dependencia porque éste es impuesto por la ley y aquél no. Pero casi siempre el domicilio de origen se determina por el de dependencia, como que al cesar éste la persona sigue teniendo, en calidad de domicilio de origen, el mismo que el legislador le había impuesto, mientras no se opere un cambio de acuerdo con los requisitos que se verán más adelante. (Beudant y Lerebours-P., Tomo II, número 445; Planiol et Ripert, Tomo I, número ....

Así, el que está bajo patria potestad tiene como domicilio de dependencia el paterno hasta el día en que llega a la mayor edad. Ese día deja de tener un domicilio de dependencia, pero tiene como domicilio de origen el mismo que la ley le había impuesto hasta ese día mientras no intervengan las circunstancias en razón de las cuales puede operarse debidamente un cambio de domicilio. Por supuesto que si el que está bajo patria potestad ejerce empleo o cargo público o profesión liberal o tiene industria u oficio en lugar distinto al del domicilio de su padre, podrá tener, además del domicilio de dependencia, un domicilio propio para todo lo concerniente al respectivo empleo, profesión o industria, de acuerdo con lo establecido en los artículos 290, 291 y 294 del Código Civil, y entonces será este último su domicilio de origen.

Desde luego no es necesario siempre, para determinar un domicilio de origen, remontarse hasta el día de la mayor edad de la persona. Basta que ella —como en el caso de la mujer casada, o como en el caso de los criados y dependientes— haya tenido, en un momento cualquiera, un domicilio completamente cierto. Al cesar la imposición legal en razón de la cual esa persona tenía un determinado domicilio, ella conserva el que tenía en ese momento, pero ya no como domicilio forzado o impuesto por el legislador.

Por eso se ha dicho que el domicilio de origen es el antiguo domicilio cierto del interesado, que se presume conservado por éste salvo prueba de la adquisición de un domicilio nuevo (Planiol et Ripert, Tomo I, número 159).

Pero si bien es cierto que el domicilio de origen, por lo ya dicho, se determina casi siempre por el domicilio de dependencia, hay veces en que esto no es posible.

Falta ese criterio de determinación del domicilio de origen especialmente en los siguientes casos: a) Cuando se trata de extranjeros; b) Cuando es dudoso o desconocido el domicilio de las personas de quienes dependía el individuo cuyo domicilio de origen se trata de determinar.

En estos casos se presenta la necesidad de otro criterio para la determinación directa del domicilio de origen y es entonces cuando tienen especial aplicación los artículos 78 y 84 del Código Civil.

No está por demás advertir que el domicilio de origen no se determina necesariamente por el lugar del nacimiento, porque la madre ha podido dar a luz fuéra de su domicilio; que el domicilio de origen no es tampoco necesariamente el primer domicilio que se ha tenido porque el menor que sigue el domicilio paterno cambia de domicilio de dependencia tantas veces como cambie el suyo propio la persona bajo cuya patria potestad está.

"Todo lo que puede decirse al respecto —concluyen los autores primeramente citados— es que el domicilio de origen es aquel que se tiene en el momento en que se llega a ser capaz de tener uno que sea personal, y que se conserva hasta el día en que se adquiere otro".

La determinación del domicilio de origen reviste capital importancia porque se presume, hasta prueba en contrario, la conservación de tal domicilio (Planiol et Ripert, T. I, número...; Alessandri Rodríguez, pág. 211).

Partiendo del domicilio de origen es como, en principio, se determina el domicilio actual. Este será el mismo domicilio de origen mientras no se pruebe el cambio de domicilio. Solamente cuando es imposible determinar el domicilio de origen hay que acudir a otro procedimiento para determinar el domicilio actual, y entonces vuelven a tener especial aplicación los ya citados artículos 78 y 84.

Como el hijo legítimo sigue el domicilio paterno, y si no está bajo patria potestad el de su tutor o curador; como el hijo natural sigue el domicilio de su guardador y como el hijo simplemente ilegítimo también sigue el domicilio de su guardador, si lo tiene, y si no, el de la persona a cuyo cargo está; en la generalidad de los casos el domicilio de origen —que comienza en el momento en que cesa la imposición legal determinante del domicilio de dependencia— será determinable, según lo dicho, por el mismo domicilio de dependencia, pues como la ley deja de imponerle domicilio a una persona, ésta no deja por eso de conservar el que tenía en el momento en que cesó la imposición legal. Y conocido el domicilio de origen se conocerá el actual porque: o ha habido un cambio de domicilio que reúna los requisitos legales, o se ha conservado el domicilio de origen.

Domicilio de adquisición o voluntario

Cambio de domicilio

El domicilio de adquisición es aquel que una persona se escoge libremente cuando es apta para tener un domicilio propio, es decir, cuando no está en alguno de los casos que impone un domicilio de dependencia.

Este es el domicilio que define el art. 76, y para cuya determinación se establece un sistema de presunciones en los artículos 79 y siguientes.

La adquisición del domicilio voluntario —que, en principio, implica un cambio de domicilio— se verifica animo et facto.

Es decir, que se requieren indispensablemente dos requisitos para que haya cambio de domicilio o adquisición de domicilio voluntario: la residencia en un lugar determinado y en ánimo real o presunto de permanecer en ese lugar.

Si para el domicilio legal y para el domicilio de origen no es necesaria la concurrencia de esos dos elementos, para el domicilio voluntario o para el cambio de domicilio, sí: la residencia, por larga que sea, si no va acompañada del ánimo de permanecer en ella, no implica cambio del domicilio de origen por un domicilio voluntario, ni es constitutiva del domicilio actual. Y a la inversa, el ánimo por sí solo si no hay efectivamente cambio de residencia, no basta para que se opere cambio de domicilio o para que se adquiera domicilio voluntario (Alessandri Rodríguez, Primer Año, Tomo I, pág. 215).

El primero de los referidos elementos (cambio de residencia) es fácil de establecer. Se trata de un hecho material y tangible que cae bajo el dominio de los sentidos y se prueba sin dificultad por consiguiente.

No acontece lo propio con el segundo de dichos elementos: el ánimo de permanecer en el lugar de la residencia.

Por eso el legislador se vio obligado a entrar en el terreno de las presunciones, y al efecto —sobre la base de que el ánimo puede ser real o presunto— estableció:

Que dicho ánimo se prueba: a) Por la manifestación expresa que se haga ante el respectivo prefecto o corregidor; b) Por las presunciones establecidas por los artículos 79 y siguientes, que son presunciones legales que admiten prueba en contrario.

Según esos textos se presume el ánimo de permanecer y avecindarse en un lugar: a) Por el hecho de abrir en él tienda, botica, fábrica, taller, posada, escuela u otro establecimiento durable, para administrarlo

en persona; b) Por el hecho de aceptar en dicho lugar un empleo fijo de los que regularmente se conceden por largo tiempo; c) Por otras circunstancias análogas.

Y por el contrario, no se presume ese ánimo por el solo hecho de habitar un individuo por algún tiempo casa propia o ajena en él, en los siguientes casos: a) Si tiene en otra parte su hogar doméstico; b) Si por otra circunstancia aparece que la residencia es accidental.

El art. 81 —que en realidad era innecesario— propiamente no consagra presunciones, sino que se limita a sacar una consecuencia necesaria de los principios antes expuestos, a saber: que el domicilio no se muda por el hecho de residir el individuo largo tiempo en otra parte, si conserva su familia y el asiento principal de sus negocios en el lugar anterior.

Los otros dos textos aludidos (artículos 78 y 80) —no está por demás repetirlo— sólo contienen presunciones sobre la existencia o no existencia del ánimo de permanecer y avecindarse en un lugar, pero sobre la base de que dicho ánimo no es de por sí bastante para el cambio de domicilio, sino que necesita estar acompañado del otro elemento ya mencionado: la residencia en un lugar determinado.

Y en cuanto al art. 82, es oportuno observar que aunque dice de manera impropia que se presume también el domicilio de la manifestación que se haga ante el respectivo prefecto o corregidor, del ánimo de avecindarse en un determinado distrito, no debe ser entendido en el sentido de que se pueda cambiar de domicilio por esa simple manifestación no acompañada del cambio de residencia, sino que debe ser entendido como el 104 del Código francés en el sentido de que la intención o ánimo puede preconstituirse y producirse directamente mediante esa manifestación.

Cumple observar, finalmente, que el mismo art. 78 —según el cual el lugar donde un individuo está de asiento, o donde ejerce habitualmente su profesión u oficio, determina su domicilio— contiene también una presunción legal, de carácter más general, y que en cierto modo engloba las demás, sobre el ánimo de permanecer y avecindarse en un lugar determinado.

De todo lo expuesto se deduce:

a) Que cuando se trata de averiguar el domicilio actual de una persona lo procedente es investigar su domicilio de origen e investigar en seguida si ha habido o no un efectivo cambio de domicilio mediante la concurrencia de los dos factores requeridos al efecto por la ley: residencia en un lugar determinado y ánimo real o presunto de permanecer en ese lugar;

b) Que para lo primero, es decir, que para determinar el domicilio de origen, lo procedente es investigar ante todo el domicilio de dependencia, pues la persona conserva como domicilio de origen el que tiene como domicilio de dependencia en el momento en que cesa la imposición legal;

c) Que en los casos excepcionales en que no es posible determinar el domicilio de origen por el de dependencia, la determinación de aquél se hace de acuerdo con las reglas de los artículos 78 y 84, siendo entonces posible que se llegue a la conclusión de que esa persona tiene varios domicilios;

d) Que una vez determinado el domicilio de origen, éste es el que se tiene como domicilio actual mientras no se pruebe que hubo cambio de domicilio mediante la concurrencia de las dos condiciones destacadas por el artículo 76;

e) Que sólo en los casos excepcionales en que es imposible determinar el domicilio de origen se determina directamente el domicilio actual de acuerdo con los artículos 78 y 84 tantas veces citados, y que entonces también puede ocurrir que se acrediten varios domicilios;

f) Que, conocido el domicilio de origen, —ya sea determinado por el de dependencia o ya sea determinado directamente—hay que presumir que dicho domicilio de origen se ha conservado mientras no se produzca la doble prueba del cambio de residencia y del ánimo real o presunto de permanecer en esa nueva residencia;

g) Que de los dos requisitos a que alude el art. 76 (residencia y ánimo de permanecer en ella) el primero se prueba directamente por los medios ordinarios, y el otro de una de estas dos maneras: o por la manifestación hecha ante el prefecto o corregidor respectivo, o por presunciones que admiten prueba en contrario porque no son presunciones de derecho sino presunciones legales.

De esta manera se armonizan, se explican y se concilian las diversas normas jurídicas, vagas y hasta contradictorias, contenidas en los capítulos segundo y tercero del título primero del libro primero del Código Civil,

con respecto a las cuales puede establecerse, en síntesis, lo siguiente:

a) Los artículos 87, 88 y 89 y el segundo inciso del 81 establecen, para cinco casos distintos, los llamados domicilios legales, o de derecho o de dependencia, e indirectamente sirven para determinar en los casos normales el domicilio de origen;

b) Los artículos 78 y 84 suministran el criterio para determinar directamente en los demás casos el domicilio de origen, y consiguientemente el actual, si no ha habido cambios, así como para determinar directamente el actual cuando no es posible determinar el de origen;

c) El art. 76 señala los requisitos necesarios para el cambio de domicilio o adquisición del domicilio voluntario, y consiguientemente para la determinación del domicilio actual cuando se conoce el de origen o el de dependencia;

d) Los artículos 79 y 80 estblecen simplemente un sistema de presunciones para la prueba de uno de los requisitos exigidos por el artículo 76, y el art. 82 señala el modo de prueba directa de ese mismo requisito.

CAPITULO III

Análisis de la sentencia acusada

El Tribunal de Ibagué llegó a la conclusión de que el último domicilio de la señora María Santy de Alcázar fue el Municipio de El Espinal, fundándose para ello en las siguientes consideraciones:

1) Que de las declaraciones de los testigos llevados al juicio por el demandante (Municipio de El Espinal) resulta que la señora Santy de Alcázar —que murió en Flandes— había vivido allí por espacio de más de cuatro años continuos y había establecido casa de habitación;

2) Que con las mismas declaraciones se comprobó que dicha señora ejercitó en Flandes actividades profesionales tales como la de vender artículos de tocador y atender un "gabinete" de belleza;

3) Que en Flandes fueron hallados muchos objetos y enseres de propiedad de la causante y un pequeño stock de artículos del comercio que ella ejercía;

4) Que el único dinero sonante que tenía la extinta estaba depositado en un banco de Girardot;

5) Que de las declaraciones de los médicos Franco y Rocha —pedidas por el demandado para demostrar que la residencia de la causante en Flandes no fue voluntaria sino obligada por razones de salud y de carácter transitorio, sin que aquélla hubiera tenido ánimo de avecindarse allí— sólo se deduce, en concepto del fallador, que habiendo podido la expresada señora escoger cualquier otra población de clima cálido para su residencia o regresar a su tierra, en donde tenía mayores facilidades para estar a la orilla del mar, se fue a vivir a Flandes, lo que excluye la afirmación de que no tuviera ánimo de permanecer allí;

6) Que las declaraciones rendidas a solicitud del demandado —según las cuales la causante vivió en Bogotá durante varios años y tuvo allí primero una sombrerería y después un gabinete de belleza y negocio de artículos de tocador— no constituyen pruebas en contra del hecho de que aquélla hubiera tenido su último domicilio en El Espinal, ya porque los testigos no precisan en qué época vivió y tuvo negocios en Bogotá, ya por que los testigos no conocieron los negocios que la misma señora tuvo en otra parte, ya porque la diligencia de inventario practicada en Bogotá contradice esas afirmaciones, comoquiera que en ella sólo se inventarió la casa de la calle 16 y un estante de vidrio desocupado, ya porque las afirmaciones de Rita Beltrán también desvirtúan, en concepto del fallador, las aludidas declaraciones comoquiera que esta testigo manifiesta que durante la ausencia temporal de la señora de Alcázar ella administró el salón de belleza que dicha señora tenía en Bogotá y que esa administración fue durante un tiempo de tres años, pero que le consta que al cabo de tres años lo suspendió;

7) Que la señora de Alcázar, en sus últimos años de vida, tuvo arrendada su casa de Bogotá;

8) Que los testimonios aducidos por el demandante para demostrar el domicilio de la causante son en número mayor que los del demandado;

9) Que si bien es cierto que la señora de Alcázar, en una escritura pública otorgada pocos días antes de su muerte, aceptó ser vecina de Bogotá, esa "constancia contenida en lo enunciativo de ese instrumento público", constituye "apenas un principio de prueba escrita, y eso ante los mismos contratantes, no ante terceros". "Cómo podría sostenerse —agrega el Tribunal— que la finada señora de Alcázar, por la sola constancia que estampó el Notario en la parte enunciativa del aludido instrumento público, cambió el domicilio que tenía en El Espinal por el de Bogotá, si continuó residiendo en Flandes?"

Como se ve, por la síntesis que se deja hecha de la sentencia del Tribunal, éste —que le atribuyó una importancia exagerada en este caso al hecho de que la señora hubiera residido por más de cuatro años en Flandes y hubiera tenido allí casa de habitación— no se cuidó ni poco ni mucho de averiguar si la señora de Alcázar había tenido en Bogotá su domicilio de origen para investigar en seguida si real y efectivamente concurrieron los requisitos legales para que se operara un cambio de ese domicilio por el de El Espinal.

En otros términos: el Tribunal, al limitarse como se limitó a analizar los datos suministrados por el expediente sobre las características y condiciones de la residencia de la señora de Alcázar en Flandes, sin tomar en cuenta los datos que el mismo expediente arroja sobre el lapso en que ella vivió en Bogotá, enfocó mal el problema, porque pretendió determinar el domicilio actual (domicilio voluntario, que implicaba cambio de domicilio) sin tener en cuenta el domicilio de origen, que era bien conocido y que tenía que reputarse conservado por la causante hasta prueba en contrario de cambio de domicilio.

El proceso lógico habría sido el de analizar los datos concernientes a la época en que la señora de Alcázar vivió en Bogotá, para saber si éste había sido el domicilio de origen de dicha señora e indagar después si se había operado, con los dos requisitos legales tantas veces mencionados, un cambio de domicilio.

A falta de un domicilio legal o de dependencia de la señora de Alcázar en el país —si fue que faltaron datos sobre el domicilio de su esposo— el domicilio de origen se habría precisado de conformidad con las reglas arriba expuestas y una vez hecho eso se habría debido proceder a averiguar si había habido, además de cambio de residencia, ánimo real o presunto de permanecer en ella.

Como si la señora de Alcázar nunca hubiera vivido en Bogotá, el fallador, confundiendo las reglas sobre la determinación del domicilio de origen con las correspondientes al cambio de domicilio, que eran las pertinentes, le aplicó al hecho de la residencia de la señora en Flandes un criterio propio para la determinación del domicilio de origen pero no para la determinación de un domicilio voluntario, o sea para la constatación de un cambio de domicilio.

En efecto: al fallo acusado pertenecen los siguientes conceptos que tienen el carácter de fundamentales dentro de los razonamientos del Tribunal:

"La ley colombiana en su definición de domicilio tomó la residencia como el domicilio mismo, en lo cual no hace otra cosa que orientarse en una forma práctica en la determinación de ese elemento indispensable en la vida civil de las personas..." "Esta circunstancia (la de la residencia), de gran trascendencia de acuerdo con nuestra legislación y con los principios expuestos ES A NO DUDAR CONSTITUTIVA DEL DOMICILIO CIVIL Y DE AHI QUE SE PUEDA AFIRMAR EN VISTA DE LO PROBADO QUE LA CAUSANTE TUVO SU ULTIMO DOMICILIO EN EL MUNICIPIO DE EL ESPINAL". "En este punto del domicilio el Código Civil colombiano coincide más con los principios de la legislación alemana que con los de la francesa. En efecto, en la legislación alemana, dice Planiol, el domicilio lo constituye UNICAMENTE la residencia habitual de la persona".

Dentro de ese orden de ideas el Tribunal —sin preocuparse siquiera por averiguar si se había producido o no en debida forma la prueba sobre el ánimo que tuviera la señora de Alcázar de permanecer avecindada en Flandes; partiendo de la base de que tal prueba no era indispensable y absteniéndose de darle las consecuencias jurídicas del caso a la circunstancia, acreditada con muchos testimonios no contradichos, de que la residencia de la causante en Flandes fue "accidental"— llegó a la conclusión de que El Espinal había sido el último domicilio de la señora de Alcázar por el hecho de haber ésta residido habitualmente en Flandes durante los últimos cuatro años de su vida.

Es claro que con ello violó el Tribunal los artículos 76, 79 y 80 del Código Civil, ya en cuanto dichos textos exigen, para el cambio de domicilio o para la adquisición de un domicilio voluntario, los dos requisitos tantas veces mencionados (residencia y ánimo de permanecer en ella), ya en cuanto los mismos artículos contienen muy expresamente la regla según la cual no implica cambio de domicilio ni, por lo tanto, adquisición de domicilio voluntario, la residencia en un lugar determinado cuando tal residencia tiene el carácter de "accidental".

No consideró el Tribunal —al menos en forma clara y explícita— que el hecho de que la señora hubiera vendido en Flandes artículos de tocador y hubiera abierto en ese caserío lo que algunos testigos denominan "gabinete de belleza" implicara la prueba de la apertura del "establecimiento durable"

a que se refiere el art. 80, ni razonó en el sentido de que existiendo esa prueba era necesario presumir el ánimo de la señora de permanecer en Flandes, conforme al mismo art. 80.

Pero si acaso fue eso lo que el Tribunal quiso y no logró expresar debidamente, entonces resultaría claro que habría habido violación, por mala interpretación, de ese art. 80, pues al tenor de ese texto se presume el ánimo de permanecer y avecindarse en un lugar por el hecho de abrir en él tienda, botica, fábrica, taller, posada, escuela U OTRO ESTABLECIMIENTO DURABLE PARA ADMINISTRARLO EN PERSONA, pero no por el hecho de ejercer actividades profesionales como las que la señora ejerció, ya que éstas no sólo no requieren instalación de "establecimiento durable", sino que son susceptibles de ser realizadas aún por quien se encuentre en un determinado lugar enteramente de paso y sin el menor propósito de demorarse allí. En efecto: los testigos que se refieren a las actividades de la señora de Alcázar en Flandes lo hacen con estas palabras que dan idea de la poca trascendencia que tales actividades tuvieron desde el punto de vista de la determinación del domicilio: "Me consta por haberlo observado, —dice el testigo Leocadio Arbeláez, y más o menos en la misma forma deponen los demás— que la señora Santy de Alcázar se ocupaba en la venta de artículos de perfumería y de tocador, y al efecto tenía en su casa de habitación de esta cabecera montado su gabinete de belleza". Ninguno de los testigos explica en qué consistía el llamado "gabinete de belleza"; se limitan a presentarlo como efecto del negocio de venta de artículos de perfumería y tocador, pero a juzgar por las declaraciones de los testigos Alfonso Caicedo, Edmundo Vargas y Alberto Castilla sobre lo inadecuado del modesto caserío de Flandes para negocios de esa índole, no pudo tener el tal gabinete de belleza las características de un verdadero "establecimiento durable" que pudiera de alguna manera ser determinante del domicilio de la causante.

Todo eso sin contar con que la presunción del art. 80 es una presunción legal que admite prueba en contrario como la producida al efecto por el demandado con las declaraciones de que más adelante se hablará.

Ahora bien: si la idea del Tribunal no fue la de que se podía probar el cambio de domicilio mediante la simple demostración del cambio de residencia, ni la de que bastaban las referencias de los testigos al "gabinete de belleza" para darle cabida a la presunción del art. 80, sino la de que había que considerar El Espinal como último domicilio por ser cierto tanto el hecho de la residencia allí como el del ánimo de permanecer, entonces incurrió el fallador en un error de hecho, como consecuencia del cual se violaron los mismos textos citados, pues en el expediente aparecen las siguientes pruebas, no contradichas ni infirmadas, que acreditan que la señora de Alcázar residió en Flandes de manera simplemente accidental, sin ánimo de avecindarse allí y sin el menor propósito de cambiar su domicilio anterior:

a) Las declaraciones de Lucinio Ortega Reyes, Amalia Salazar de Ortega, Rosario Urdaneta, Isabel Rozo, Rosa Uribe de Carrizosa, Rita Beltrán, y Rosa Urdaneta de Cortázar. El primero de los expresados testigos, después de afirmar que conoció a la señora de Alcázar por un espacio de veinte años y que durante todo ese lapso dicha señora vivió en Bogotá, donde tuvo diversos negocios, declaró: "Por habérmelo manifestado la misma señora de Alcázar personalmente puedo asegurar que la intención de dicha señora al establecer su negocio en Flandes, lo hizo de una manera transitoria y en espectativa del mejoramiento de su salud, pues ella siempre consideró su vecindad la de esta ciudad de Bogotá, y con alguna frecuencia venía a ver sus negocios establecidos anteriormente como ya lo dije... Es un hecho y me consta por habérmelo manifestado a mí y a mi familia que su intención era pasar una temporada en Flandes y que tan pronto se mejorara volvería a Bogotá porque el negocio de esta ciudad era más productivo y más cuando ella lo administraba personalmente". Amalia Salazar de Ortega, que conoció por espacio de unos veinticinco años a la señora de Alcázar, después de afirmar que ésta vivió en Bogotá durante muchos años y que aquí tenía establecidos sus negocios, dijo: "Por lo expuesto puedo asegurar y me consta que la señora de Alcázar se ausentó de Bogotá únicamente por motivos de salud, sin ánimo de radicarse en otra parte definitivamente, PUES ASI ME LO MANIFESTO ELLA... Por habérmelo manifestado la señora de Alcázar puedo asegurar que la intención de dicha señora, al establecer su negocio en Flandes, lo hizo de una manera transitoria, en espectativa del mejoramiento de su salud, pues ella siempre consideró a Bogotá como su domicilio, y con frecuencia venía aquí por un mes o mes y medio... Es verdad que le oí decir a la señora de Alcázar que su intención era volverse

a Bogotá tan luego como su salud mejorara, y en su última venida me manifestó que venía a llevar un dinero para arreglar la casita que tenía en Flandes para poderla vender y regresar a Bogotá". La señora Rosario de Urdaneta, que conoció en Bogotá por espacio de unos cinco años a la causante y a quien le consta por ello que la señora de Alcázar vivió en Bogotá donde tenía establecidos sus negocios, afirmó: "Por lo expuesto puedo afirmar y me consta que la señora Santy de Alcázar se ausentó de Bogotá únicamente por motivos de salud, sin ánimo de radicarse definitivamente en otra parte, pues me manifestó que tan pronto como mejorara regresaría a su casa y pondría nuevamente su gabinete, y en esta ciudad tenía dicha señora el asiento principal de sus negocios, una casa de su propiedad y aquí había vivido durante muchos años desde que volvió de Europa... Es verdad que le oí decir varias veces a la señora Santy de Alcázar que su intención era volverse a Bogotá tan luego como su salud mejorara.—Isabel Rozo, que también conoció en Bogotá a la señora de Alcázar y el negocio que ésta tuvo establecido aquí, asegura que "la ausencia de la citada señora para vivir en Flandes después del año de 1926 fue forzada por el mal estado de su salud, pues ella siempre me manifestó personalmente su ánimo y voluntad de permanecer radicada en Bogotá y volver aquí de modo definitivo en cuanto mejorara su salud".

La señora Rosa Uribe de Carrizosa, que también conoció a la señora de Alcázar, oyó de boca de ésta, "que ella tenía que salir a tierra caliente debido a sus enfermedades, pero que ella era más amiga de vivir en Bogotá". La señorita Rita Beltrán, que administró un almacén o salón de belleza que tenía la señora de Alcázar en Bogotá "durante el tiempo en que ella estuvo temperando en Flandes", declara que la señora de Alcázar, cuando tenía que salir a temperar, "siempre estaba viniendo a esta ciudad de Bogotá a vigilar y fiscalizar su negocio", y agrega: "ella siempre me manifestó personalmente el ánimo y la voluntad de permanecer radicada en Bogotá y volver a vivir en esta ciudad definitivamente tan pronto como mejorara su salud, pues ella decía que si no fuera por su mal estado de salud no tenía por qué ir a vivir a otras partes".- La señora Rosa Urdaneta de Cortázar, que también conoció a la señora Santy de Alcázar en Bogotá, y conoció los negocios de ésta, después de explicar que la causante salió en distintas ocasiones por cortas temporadas a Tocaima y Girardot y que en el año de 1922 o 1923 emprendió forzadamente viaje a El Horvidero, de donde pasó a Girardot y luégo a Flandes, en donde permaneció algún tiempo, declaró entre otras cosas: "por este conocimiento directo y personal me consta que la señora de Alcázar hacía viajes frecuentes de Flandes a Bogotá, en donde se demoraba temporadas más o menos largas; su permanencia en Flandes era forzada y temporal, impuesta, como he dicho, por motivos de salud; ELLA NUNCA TUVO EL ANIMO NI LA INTENCION DE RADICARSE DEFINITIVAMENTE EN OTRO LUGAR DISTINTO DE BOGOTA, puesto que en esta ciudad de Bogotá tenía y tuvo siempre el asiento principal de su negocio de almacén de sombrerería y venta de artículos de tocador, y su casa de habitación, en la cual vivió muchos años DESDE QUE LLEGO A COLOMBIA. Esto me consta porque la misma señora Santy de Alcázar me manifestó muchas veces la intención de vivir siempre en Bogotá y que si salía a tierra caliente era debido únicamente al mal estado de su salud... La señora María Santy de Alcázar nunca manifestó su intención de abandonar definitivamente a Bogotá y, muy al contrario, SIEMPRE MANIFESTABA EL ANIMO Y LA INTENCION DE VOLVER DEFINITIVAMENTE A BOGOTA TAN PRONTO COMO MEJORARA SU SALUD. Esa intención de vivir permanentemente en Bogotá me la manifestó personalmente muchas veces, así como me manifestó personalmente en varias ocasiones el desagrado que le ocasionaba la estadía en otros lugares fuéra de Bogotá";

b) El instrumento número 213, de la Notaría de El Espinal, de 27 de agosto de 1925, que, en lo pertinente, dice: "Compareció la señora Patrocinio Sánchez, mujer soltera, mayor de edad y vecina de este distrito municipal de El Espinal, y dijo: "Que por medio de la presente pública escritura da en venta real y enajenación perpetua a la señora María S. de Alcázar, mujer viuda, mayor y VECINA DE BOGOTA.... Presente la compradora dijo "que acepta la presente escritura y la venta que por ella se le hace";

c) La circunstancia —acreditada con varias de las declaraciones arriba citadas— de que la señora Santy de Alcázar, cuando arrendó su casa de Bogotá, de la cual nunca se desprendió, tomó en arrendamiento y arregló una pieza en Bogotá, en casa de la señora Amelia Valderrama de Acuña (carrera 15 con calle 12) "a donde llegaba las

frecuentes veces que venía a Bogotá", según dice uno de esos testigos.

Considera el Tribunal, en forma que no hay para qué entra a glosar, porque ello sería improcedente, que las aludidas declaraciones en cuanto afirman que Bogotá fue el asiento principal de los negocios de la causante carecen de valor porque los testigos no conocieron los negocios que la señora tuvo en otra parte, y en cuanto afirman que la señora de Alcázar tenía en Bogotá una sombrerería y un gabinete de belleza, están contradichas por la diligencia de inventarios, en la cual no aparecen ni esa sombrerería ni ese gabinete, y por lo aseverado por Rita Beltrán "quien manifiesta que durante la ausencia temporal de la señora de Alcázar ella administró el salón de belleza que la primera tenía en Bogotá y que esa administración fue durante un tiempo de tres años, pero que le consta que al cabo de esos tres años lo suspendió".

Pero respecto de las aseveraciones hechas insistentemente por todos esos testigos en relación con el carácter accidental y transitorio de la residencia de la causante en Flandes y en relación con las continuas y repetidas manifestaciones hechas por ella sobre su propósito de continuar avecindada en Bogotá y su ninguna intención de establecer domicilio en Flandes, no formula el Tribunal glosa alguna.

Por otra parte, como los testigos presentados por la parte demandante nada afirman concretamente en contra de lo aseverado por los de la parte demandada sobre el ánimo de la señora de Alcázar de seguir avecindada en Bogotá, no puede referirse a esa parte de las declaraciones la consideración, que tampoco es el caso de entrar a estudiar, hecha por el Tribunal, sobre que los testimonios aducidos por el demandante son en número mayor que los del demandado.

En síntesis: si la sentencia del Tribunal se interpreta en el sentido de que no era necesario que se produjera por el demandante la prueba del ánimo de la señora de Alcázar de permanecer en Flandes, el fallador violó los arts. 76, 79 y 80 del C. C. en cuanto ellos contienen la regla jurídica fundamental según la cual el cambio de domicilio o la adquisición de domicilio voluntario no pueden verificarse sin el doble requisito de cambio de residencia y de ánimo de permanecer en la nueva residencia. Si se interpreta en el sentido de que había lugar, por el hecho del gabinete, a la presunción del art. 80, y ello sin que contra tal presunción valieran las pruebas en contrario, hubo mala interpretación de ese texto, no sólo en cuanto se perdió de vista el carácter legal de la presunción sino también en cuanto se consideró que actividades profesionales de cualquier clase podían dar lugar a ella, cuando es obvio que el texto, al exigir que sea "durable" el establecimiento a que él se refiere, sólo toma en cuenta para la presunción aquellas actividades profesionales o industriales o comerciales que realmente sean reveladoras, de acuerdo con la naturaleza de las cosas, del ánimo de permanecer en un lugar determinado. Y si se estima que lo que el Tribunal quiso decir fue que la causante tuvo como último domicilio el de El Espinal, por ser cierto que residió en Flandes y que tuvo ánimo de permanecer allí, entonces incurrió en error de hecho, que condujo a la violación de los mismos textos citados. Además, en una u otra de esas hipótesis, violó el art. 79, en cuanto, no obstante la circunstancia de aparecer que fue accidental la residencia de la causante en Flandes, consideró el fallador que esa residencia determinaba su último domicilio.

CAPITULO IV

Recurso

El recurrente formuló, entre otros, los siguientes cargos contra la sentencia acusada:

a) Error de hecho, como consecuencia de falta de apreciación de unas pruebas en cuanto el fallador partió de la base de que no estaba probado un hecho que en realidad sí lo está, a saber: que la intención de la señora Santy de Alcázar fue la de no permanecer en Flandes sino transitoriamente, sin abandonar su domicilio de Bogotá. Como consecuencia de este error se violó el el art. 697 del C. J.

b) Error de derecho en la apreciación de la prueba formada por la escritura pública número 213 de 27 de agosto de 1925. Como consecuencia de este error se violaron los artículos 1765 y 1769 del C. C., por infracción directa.

c) Error de hecho, como consecuencia de indebida apreciación de unas pruebas y falta de apreciación de otras en cuanto el Tribunal consideró probado el hecho de que la señora Santy de Alcázar hubiera residido permanentemente en Flandes durante los últimos años de su vida y hubiera tenido allí el asiento de sus negocios. A propósito de este cargo expone el recurrente que el Tribunal violó los arts. 696 y 697 del C.

J., en cuanto consideró que con el dicho de un solo testigo se desvirtuaba el de cinco.

d) Violación, por indebida aplicación al caso del pleito, del art. 79 del C. C., en cuanto el fallador no lo aplicó al caso del pleito, como ha debido hacerlo una vez que se había establecido que la residencia en Flandes de la señora Santy de Alcázar era accidental, hecho que resulta comprobado no sólo por las declaraciones que ella hizo a las personas citadas como testigos por la parte demandada de que su ánimo era el de no dejar su residencia de Bogotá, sino también por la circunstancia demostrada de que fue por el mal estado de su salud por lo que tuvo que ir a vivir por algún tiempo a Flandes;

e) Violación, por indebida aplicación, de los arts. 80 y 81 del C. C., por cuanto el Tribunal consideró que por vender la señora Santy de Alcázar en Flandes algunas de sus pomadas e ingredientes de tocador tenía en aquel lugar un establecimiento de los mencionados en el primero de los artículos y había abandonado el que tenía en Bogotá, cuando en realidad se trataba de un negocio que podía ser ejercido por la señora en cualquier lugar en donde se encontrara, "sin verse obligada a montar un verdadero establecimiento".

Aunque el recurrente comienza transcribiendo el art. 76 del C. C. y presentando en una forma sintética una correcta interpretación de él, no formula expresamente cargo por violación de dicho texto. Por ello, a pesar de lo expuesto más arriba, no puede casarse la sentencia por este concepto.

Pero como en cambio la acusó por falta de aplicación del art. 79 y por indebida interpretación de los arts. 80 y 81, hay que infirmar el fallo, ya que —según se explicó detalladamente más arriba, al analizar la sentencia del Tribunal— estos textos también fueron violados, por los conceptos ya expuestos y que no hay para qué repetir.

Por otra parte, no está por demás destacar la circunstancia de que también aparece acusada la sentencia por error de hecho en cuanto el Tribunal consideró que no se había probado que la residencia de la señora de Alcázar en Flandes fuera transitoria y sin ánimo de cambiar su domicilio de Bogotá, aunque es de advertir que el recurrente en lugar de deducir de allí, como hubiera podido hacerlo, violación, por falta de aplicación, de los mismos textos citados, habló de violación del art. 397, con lo cual convirtió el cargo de error de hecho en un cargo de error de derecho.

CAPITULO V

Sentencia de instancia

Para dictar la sentencia que debe reemplazar el fallo acusado, basta agregar a todo lo ya expuesto las siguientes brevísimas consideraciones:

Aparece plenamente demostrado (véanse especialmente las declaraciones de Lucinio Ortega Reyes y Rosa Urdaneta de Cortázar, ampliamente confirmadas por las de Amalia Salazar de Ortega, Rosario de Urdaneta, Isabel Rozo, Rosa Uribe de Carrizosa y Rita Beltrán, y no contradichas por las afirmaciones de los testigos presentados por el demandante ni por ninguna otra pieza del proceso, antes bien, reforzadas por varias de dichas piezas) que desde que llegó a Colombia la señora de Alcázar se estableció en Bogotá, en donde compró casa y donde trabajó por muchos años, ya en una sombrerería, ya en un gabinete de belleza, ya en la venta de artículos de tocador, etc. Es, pues, incuestionable que hay que partir de la base de que Bogotá debe ser tenido como domicilio de origen de la expresada señora y consiguientemente como domicilio actual en el momento de su muerte, por no haberse probado, como no se probó, que hubiera habido un cambio de domicilio, prueba que habría implicado no sólo la demostración del cambio de residencia sino también la del ánimo de permanecer en esa nueva residencia.

Y ya se vio —al analizar la sentencia del Tribunal— que no sólo faltó esa prueba sino que se produjo la prueba contraria mediante las declaraciones de los testigos citados y de la escritura pública número 213.

No sobra agregar que el hecho de que la señora de Alcázar hubiera vendido artículos de tocador en Flandes y hubiera ejercitado algunas otras actividades profesionales no constituye propiamente la apertura del "establecimiento durable" a que se refiere el art. 80 para fundar la presunción del ánimo de permanecer y avecindarse en el lugar, pues las actividades profesionales de que hablan los testigos presentados por el demandante se conciben sin la necesidad de tal establecimiento, dada la índole de ellas. Pero aún en el supuesto de que hubiera lugar a la presunción establecida por ese artículo, dicha presunción, como atrás se explicó, es una pura presunción legal, que admite prueba en contrario, y esa prueba en contrario se produjo, según se vio en el análisis que se hizo de la sentencia del Tribunal.

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, con fecha 30 de noviembre de 1935, revoca la del juez de primera instancia 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 el expediente al Tribunal de Ibagué.

Antonio Rocha, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J., Juan Francisco Mújica, Eduardo Zuleta Angel, Emilio Prieto Hernández, Srio. int.

SERVIDUMBRE LEGAL DE TRANSITO.—PREDIOS QUE GOZAN DE LA SERVIDUMBRE LEGAL DE TRANSITO.—DOCTRINA CONTEMPORANEA SOBRE EL TITULO LEGAL DE DICHA SERVIDUMBRE.—MEDIOS NUEVOS EN CASACION.—PRUEBA DE HECHOS NEGATIVOS

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

(Magistrado ponente, Dr. Eduardo Zuleta Angel)

I

Antecedentes

La señora Rosaura García demandó el 20 de mayo de 1925, ante el Juez del Circuito de Cali, a Encarnación Aparicio v. de Barberena, Antonio, Carlos y Juan Barberena, Francisca Barberena de O'Byrne, mujer legítima de Federico O'Byrne, María Barberena de Sinisterra, mujer legítima de Tomás Sinisterra, todos mayores y vecinos de Cali, con excepción de Antonio, que es vecino de Buga, y a Margarita Concepción y Antonio Barberena, menores de edad bajo patria potestad de su madre Encarnación Aparicio de Barberena, para que por sentencia definitiva se declarara que el predio de la actora denominado "Ciégana", ubicado en el Municipio de Cali, no estaba gravado con servidumbre de tránsito en favor del predio de "Elisondo" o "El Retiro", perteneciente a los demandados, situado en el mismo Municipio de Cali y colindante con el de la demandante, y para que, en consecuencia, se declarara también que los propietarios de "Elisondo" o "El Retiro" debían abstenerse de transitar por el predio de "Ciénaga" y debían pagar a la demandante el valor de los perjuicios ocasionados con la servidumbre de tránsito, como también las costas del juicio.

Admitida la demanda, los demandados propusieron demanda de reconvención para que se declarara que el predio de "Ciénaga" está obligado a soportar una servidumbre aparente y discontinua de tránsito, dirigida tanto a la explotación agrícola como al laboreo industrial del predio "Elisondo", por estar éste destituído de toda comunicación con el camino público por la interposición del predio pertenenciente a la señora Rosaura García. Esta demanda de reconvención no llegó a ser admitida porque se estimó que no había acreditado su personería como apoderado el doctor Francisco Daza, quien formuló la referida demanda en representación de Encarnación Aparicio v. de Barberena y demás dueños del predio Elisondo.

La parte actora adujo como pruebas: a) Copias de varias piezas tomadas de las diligencias promovidas por Encarnación Aparicio v. de Barberena y Carlos Barberena sobre ejecución de una sentencia de policía proferida en una querella que adelantaron contra Rosaura García sobre servidumbre de tránsito; b) Las declaraciones de Justino Villegas, Alejandro Vivas, Floresmiro Chacón, Heliodoro Girón, Jonás Cruz, Jesús Ramos, y Samuel Martínez, quienes afirman que conocían el predio denominado "Elisondo", lo mismo que el predio denominado la "Ciénaga", que los dueños del primero "se conducían antes, desde su predio hasta esta ciudad (la de Cali), por la quebrada El Chocho y por el predio de "Los Limones", hasta salir a las márgenes del río Aguacatal y al camino nacional que de esta ciudad parte hacia Buenaventura", y que posteriormente han transitado por el predio de la

"Ciénaga" para conducirse a la carretera departamental que de Cali parte hacia Yumbo, y que la servidumbre de tránsito por el predio de la "Ciégana" y los demás actos de perturbación de los demandados se llevaron a cabo desde el año de 1922, en que principiaron a transitar por el predio de Rosaura García y a perturbar a ésta en el dominio de su predio en una forma continua; c) Una inspección ocular, practicada el 17 de noviembre de 19.., en la cual, después de haberse dado lectura a las piezas pertinentes del expediente, los peritos procedieron a identificar los linderos de los predios mencionados e hicieron la mensura del camino o servidumbre por donde pasan los señores Barberena y que queda dentro del predio de la señora García. En la diligencia, el señor Juan Barberena hizo constar que el socavón de la mina de carbón de propiedad de los demandados, que existe dentro del predio de la actora, fue abierto por el señor Vitalino Arenas, yerno de ésta, en el año de 1918, en virtud de un contrato que celebró dicha señora con la Compañía Hullera Valle-Caucana, contrato que duró hasta el año de 1921, en el cual nuevamente la demandante celebró contrato con Luis Chedé, el que duró hasta 1924, después de lo cual entró Carlos Barberena en compañía de Gregorio Arenas, yerno de la García, a explotar la mina, con permiso de ella, hasta 1926, en que la demandante celebró un contrato con Clímaco Becerra, que duró hasta 1928, año desde el cual ha venido explotando la mina el señor José Fajardo. El Juez dejó constancia de que a primera vista se observa que dentro del predio de la señora García existen en varias partes cantidades abundantes de cisco de carbón de piedra, y que conforme a los linderos se observa también que el camino o servidumbre está trazado sobre el predio de la "Ciénaga", lo mismo que la boca o entrada de la mina.

El juez de primera instancia absolvió a los demandados fundándose en el art. 177 del Código de Minas, según el cual toda mina goza de servidumbre de tránsito, disposición que el juez consineró aplicable a virtud de lo prescrito por el art. 889 del Código Civil.

Apelado ese fallo, el Tribunal de Cali lo revocó y resolvió que el predio de la "Ciénaga" no soporta servidumbre de tránsito en favor del predio de "Elisondo", y que por consiguiente los demandados deben abstenerse por sí o por medio de sus arrendatarios, usufructuarios, usuarios, agentes y dependientes de transitar por el predio de la "Ciénaga". El Tribunal condenó además a los demandados a pagar a la demandante, como perjuicios provenientes o causados por el uso indebido del tránsito por el predio de ésta, la suma que se liquidara en dinero de conformidad con el art. 553 del Código Judicial.

Los únicos razonamientos que hizo el Tribunal para llegar a esta conclusión fueron los siguientes: "De acuerdo con el art. 202 de la Constitución Nacional en relación con los artículos 108 a 114 del Código Fiscal, los yacimientos, depósitos o minas de carbón que existan en terrenos de propiedad particular o privada no constituyen reservas del Estado ni son denunciables conforme al Código de Minas y quedan sujetos al derecho común como pertenecientes al dueño del terreno y explotables por este mismo o por la persona o personas autorizadas por él o a quienes les haya hecho enajenación de su derecho. Tratándose de minas, son reservas nacionales de propiedad del Estado, las de cobre, y las de metales preciosos, como oro, plata, platino, minas que son denunciables y explotables por personas naturales o jurídicas, en los términos y dentro de los límites señalados por el Código de Minas y las leyes que lo adicionan y reforman. También son reservas del Estado, las minas de piedras preciosas, las de petróleo y las distintas de las mencionadas, como las de carbón, hierro, azufre, asfalto y los depósitos de huano y otros abonos situados en terrenos baldíos o de la nación, las cuales están sujetas, en cuanto a su administración y explotación, a legislación especial y a las disposiciones del Código Fiscal, por medio de contratos autorizados o aprobados por el Congreso, o por el Gobierno, según los casos. En lo tocante al caso que se contempla en el presente juicio, por tratarse de minas de carbón, situadas en terrenos de propiedad particular, no están sometidas en cuanto a su explotación y servidumbres a las disposiciones del Código de Minas sino a las del derecho común o Código Civil. Y como el predio de la "Ciénaga" no soporta servidumbre de tránsito constituída por escritura pública, en favor del predio de "Elisondo"; y como la servidumbre de tránsito, por ser discontinua e inaparente sólo puede constituírse por escritura pública según los artículos 881 y 882 del C. C., y 9º de la ley 95 de 1890, debe concluírse que la acción negatoria prospera en este caso. Igualmente debe prosperar la acción de perjuicios provenientes o causados por el tránsito establecido sobre el predio de la demandante por

los demandados o sus agentes, como dueños del predio de "Elisondo", perjuicios que deben estimarse y liquidarse de acuerdo con el artículo 553 del Código Judicial".

II

Recurso

Contra la citada sentencia del Tribunal interpusieron recurso de casación Encarnación Aparicio de Barberena y los otros demandados. Su apoderado formuló los siguientes cargos:

a) Violación de los artículos 889 del C. C. y 8º de la ley 57 de 1887. Según el primero de esos textos las disposiciones del Título XI del Libro II del Código Civil se entienden sin perjuicio de lo establecido sobre servidumbres en el Código de Policía o en otras leyes, de tal manera que, en sentir del recurrente, el Tribunal ha debido aplicar al caso los artículos pertinentes del Código de Minas, como especiales que son, en lugar de los del Código Civil, donde no se contemplan ni remotamente los problemas que se pueden presentar con ocasión de la explotación de las minas. Al tenor del otro texto que el recurrente considera violado, cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido se aplicarán las leyes que regulan casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho. Por lo cual el fallador ha debido llenar la laguna o vacío del Código Civil relativa a las servidumbres mineras por medio de la analogía, es decir, aplicando el art. 177 del Código de Minas;

b) Errónea interpretación del art. 9º de la ley 95 de 1890, pues en la sentencia se dijo que la servidumbre de tránsito, por ser discontínua, sólo puede constituírse por escritura pública, lo que equivale a sostener que el título a que dicho texto se refiere debe ser necesariamente una escritura pública cuando "precisamente esa palabra se refiere a la causa de la servidumbre";

c) Violación del art. 905 del Código Civil, según el cual cuando un predio se halla destituído de toda comunicación con el camino público, por interposición de otros predios, el dueño del primero tendrá derecho para imponer a los otros la servidumbre de tránsito en cuanto fuere indispensable para el uso y beneficio de su predio, pagando el valor del terreno necesario para la servidumbre y resarciendo todo otro perjuicio.

III

Examen de los cargos formulados

"Nuestro Código Civil —dice el doctor Antonio José Uribe en su 'Estudio sobre las servidumbres', refiriéndose al artículo 905— es bastante explícito en la determinación de los predios que pueden obtener una servidumbre legal de tránsito, pues dice expresamente que sólo se concede a los que se encuentran 'destituídos de toda comunicación con el camino público'. Parece que, según los términos del artículo 905, la incomunicación debe ser absoluta, y que si existe alguna salida, por difícil, costosa e insuficiente que ella sea, no hay lugar a imponer la servidumbre forzosa de tránsito. El Código Napoleón (artículo 682) emplea la expresión "que no tenga ninguna salida"; y sin embargo, tanto la jurisprudencia como los expositores franceses (Aubry y Rau, Huc), han sostenido la doctrina de que deben considerarse como encerrados no sólo los fundos que carecen de todo acceso a la vía pública, sino también los que no tienen más que una salida insuficiente para la explotación de ellos; doctrina tan generalmente sustentada fue ésta, que se consagró como principio legal por la ley de 20 de agosto de 1881, que modificó el texto de los cuatro artículos (682 a 685) que en aquel Código reglamentan la servidumbre de tránsito. En consecuencia, no parece aventurado sostener que entre nosotros puede demandarse la servidumbre legal de aquella especie para los fundos que sólo tienen una difícil, casi imposible, salida al camino público, o cuando la que existe es del todo insuficiente para explotar el fundo. Sostener esto no es violar la ley, sino no extremar el rigor de sus términos con perjuicio del interés general. Como el Código mismo ordena que al predio gravado se indemnice de todo perjuicio, no hay por qué obligar al dueño del fundo total o relativamente encerrado a que se abstenga de explotar con todo el desarrollo posible su predio. Así se concilian los intereses de ambas partes, y se consulta también el interés social... La servidumbre legal de tránsito sólo se concede en cuanto sea indispensable para el uso y beneficio del predio encerrado. Los comentadores del Código francés que dice que la servidumbre tiene por objeto facilitar "la explotación" de dicho fundo, sostienen muchas y muy diversas opiniones acerca de lo que le es permitido hacer al propietario dominante. Los términos del nuestro son la-

tos, pues con la palabra uso comprende el tránsito necesario para las personas: propietarios, obreros, trabajadores, etc., que a la heredad deban entrar; y en el término beneficio se incluye todo género de explotaciones del fundo, sean agrícolas o de otra clase. Y no señala límite al modo de beneficiar los predios: la servidumbre debe servir para todo futuro desarrollo en la explotación industrial de la heredad dominante. Pero la ley misma dice que esas facultades sólo se conceden en lo indispensable, es decir, que el abuso, el gravamen inoficioso o el muy poco útil al titular y demasiado perjudicial al predio sirviente, debe evitarse".

En el mismo sentido, el señor Vélez —después de explicar que la doctrina francesa, desde antes que el art. 682 del Código de Napoleón se reformase por la ley de 1881, sostuvo que debían considerarse como fundos incomunicados, además de los que lo están de una manera absoluta, aquellos que tienen una salida que les basta para las necesidades de su explotación— dice lo siguiente: "Esta doctrina, que considera generalmente como incomunicados los fundos separados de la vía pública por ríos sin puente y que no sean vadeables en todo tiempo y los que no pueden tener sino una salida peligrosa o que cueste una suma excesiva, puede tal vez fundarse en que si la servidumbre, según el art. 905, debe otorgarse en cuanto fuere indispensable para el uso y beneficio de un predio, deben considerarse como que tienen derecho a ella los fundos que no tengan una suficiente para esos objetos. De otra manera: si la ley permite establecer la servidumbre es para lograr la explotación de los predios. Y si la de uno, bien sea industrial o agrícola, no puede llevarse a cabo por la comunicación que tenga el predio con el camino, a causa de sus peligros o insuficiencia, por qué la ley en este caso autoriza que una finca se quede improductiva no permitiendo el establecimiento forzado de la servidumbre? Sería conveniente que en nuestro Código, siguiendo el ejemplo del legislador francés, se aclarase el art. 905 en el sentido en que se aclaró el 682 del Código francés. Mientras se realiza esta aclaración, juzgamos que el criterio del juez debe apreciar los casos que se le presenten, teniendo en cuenta entre otras cosas el objeto de la servidumbre legal de tránsito..."

En efecto, como lo advierten los expositores citados, con mucha razón, la ley francesa de 20 de agosto de 1881 —que modificó los artículos 682 a 685 del Código Civil, en el sentido de que la servidumbre de tránsito puede imponerse no sólo cuando el predio carece en absoluto de salida a la vía pública sino también cuando la salida es insuficiente para la explotación agrícola e industrial— sólo vino a consagrar o respaldar una jurisprudencia y una doctrina que ya se habían pronunciado en este sentido no obstante la circunstancia de que la redacción original del artículo 682 del Código francés era la siguiente: "El propietario cuyo fundo esté encerrado y que no tenga ninguna salida sobre la vía pública puede reclamar una servidumbre de tránsito sobre el fundo de sus vecinos para la explotación de su heredad, con cargo de pagar una indemnización proporcional al perjuicio que pueda ocasionar".

"Hasta los más intransigentes exégetas llegaron a admitir que dicho artículo 682 del Código francés, en su redacción primitiva, tenía que ser aplicado en ese sentido amplio según el cual debían gozar de la servidumbre legal de tránsito no sólo los predios que no tuvieran ninguna salida sobre la vía pública sino también aquellos que la tuvieran insuficiente para la explotación agrícola o industrial.

La doctrina contemporánea se inclina, como es natural, a darles a las referidas disposiciones del Código francés un sentido cada día más amplio y más social, concordante con la finalidad de los referidos textos, que es la de facilitar la explotación de los predios. En esa explotación encuentra la servidumbre legal de tránsito su fundamento y al propio tiempo sus límites.

Dentro de ese orden de ideas, esa doctrina considera que la salida del predio es insuficiente, y hay lugar por lo tanto al establecimiento de la servidumbre, cuando aquélla ofrece graves dificultades que no podrían evitarse sino mediante trabajos excesivos cuyo valor no guarde proporción con el de la propiedad. "Esto es lo que acontece —dicen Planiol et Ripert, Tomo III, número 926— en el caso de un fundo separado de la vía pública por un talud cuya pendiente hace naturalmente imposible el tránsito de caballos y ganados destinados a su explotación, o por un camino muy estrecho e inaccesible a las carretas. Eso es lo que acontece también en el caso de un terreno que no tenga salida sino del lado de un río cuyo paso por barca o buque o por medio de un puente presenta peligros o graves inconvenientes o exige gastos excesivos".

No vacila la expresada doctrina en admitir que para los efectos de la servidumbre

de tránsito, lo mismo da que se trate de explotación industrial o que se trate de explotación agrícola. "El propietario puede, pues, —explican los autores citados, Nº 928, después de advertir que ya la jurisprudencia anterior a la ley de 1881 había consagrado estas soluciones— reclamar el tránsito lo mismo para la explotación de una cantera o para la explotación de una turbera o de un glaciar o de un establecimiento industrial que para el cultivo de terrenos. Hay que ir más lejos: el propietario de un fundo encerrado tiene libertad de explotarlo como le parezca y de introducir las innovaciones que juzge útiles, aumentando por ejemplo el establecimiento industrial que posee para reclamar en consecuencia un nuevo tránsito si el primitivo ha llegado a ser insuficiente. Puede hasta cambiar completamente el modo de explotación de su predio abriendo, por ejemplo, una cantera en un terreno de cultivo o elevando una construcción o un establecimiento industrial. Tendrá entonces el derecho, para satisfácer las necesidades de la nueva explotación, de reclamar el tránsito que sea indispensable... Todo propietario tiene libertad para edificar sobre su terreno, para levantar un establecimiento industrial; la servidumbre debe modificarse con las necesidades del fundo y adaptarse a esas necesidades, pues sería contrario a la intención del legislador el condenar a la inmobilidad los predios encerrados".

Respecto de la organización de la servidumbre legal de tránsito, se advierte sin dificultad que ella existe de pleno derecho, es decir, que es la ley la que la establece directamente y que si bien es cierto que en caso de desacuerdo entre las partes el juez debe intervenir para determinar la indemnización que se deba así como la vía que haya de seguir, lo cierto es que la servidumbre en sí misma es preexistente a la determinación judicial (obra citada, Nº 930).

De acuerdo con eso se ha decidido que el propietario de un fundo encerrado que transita por el otro antes de que la servidumbre haya sido organizada y fijada la indemnización, no puede ser castigado en virtud de la disposición penal que sanciona el tránsito por el terreno de otro, y se ha decidido igualmente, por la jurisprudencia francesa, que cuando el propietario del predio enclavado haya transitado durante más de un año por el predio sirviente, sin previa intervención judicial, puede intentar la querella posesoria contra el propietario de ese fundo sirviente si éste trata de turbar a aquél en la posesión de la servidumbre.

Recientemente la corte de casación francesa, en sentencia de 6 de marzo de 1934, consideró expresamente el hecho mismo del encerramiento del predio (l'enclave) como un "título legal suficiente para permitirle al titular del derecho de tránsito la utilización de las acciones posesorias para hacer cesar la perturbación de su posesión". Y en una nueva sentencia, de 3 de julio del mismo año, volvió la expresada corte sobre el mismo asunto para sostener esa jurisprudencia. Comentando los fallos aludidos, se expresa de esta suerte Henri Solus en su "Crónica trimestral sobre la jurisprudencia concerniente a los derechos reales (Rev. trim. de Dr. Civ año de 1934, páginas 645 y 863)": Frecuentemente hemos tenido ocasión de relatar decisiones concernientes a la protección posesoria del derecho de transitar por el fundo de otro. Recordemos que como el ejercicio de la acción posesoria supone una posesión capaz de conducir a la propiedad por usucapión no habrá lugar a protección posesoria sino en cuanto la servidumbre de tránsito resulte, sea de un título convencional, sea de un título legal (y especialmente la existencia de un "enclave"). En los demás casos no hay lugar a la protección posesoria puesto que, por una parte, la servidumbre de tránsito es una servidumbre discontinua que no puede adquirirse por prescripción, y por otra parte, el tránsito es generalmente considerado como una simple facultad o tolerancia que no puede servir de base a la prescripción....." Aunque la servidumbre de tránsito sea discontinua y como tal no susceptible de adquirirse por prescripción, la jurisprudencia considera muy justamente que el encerramiento (enclave) constituye un título legal de adquisición".

Es claro que en la generalidad de los casos el dueño del predio que necesita el tránsito tendrá que promover, a falta de acuerdo amigable, el correspondiente juicio para poder llegar a ejercer la servidumbre, pues nadie puede hacerse justicia por sí mismo, y si intenta gozar de ésta sin la previa intervención judicial el dueño del predio sirviente acudirá a las autoridades de policía para hacer conservar el statu quo. Pero cuando no se trata de hacer modificar una determinada situación de hecho; cuando, por uno u otro motivo, el tránsito se está practicando, cuando, como en este caso, han fracasado las acciones de policía intentadas por el dueño del predio sirviente con el objeto de impedir el ejercicio de la servidumbre; cuando se está gozando de la servidumbre que la misma ley impuso y cuyo título es el

hecho mismo de la incomunicación del predio; cuando, en una palabra, se está en posesión del derecho, es claro que desaparece la necesidad de acudir a la justicia, porque en este caso, como en tantos otros, la necesidad o no necesidad de la intervención judicial depende de la disconformidad o conformidad de la situación de hecho con el derecho que se alegue. Cuando el titular del derecho no necesita cambiar los hechos existentes, puede permanecer inactivo desde el punto de vista judicial, como lo explica muy bien Esmein (Tratado de Planiol et Ripert, T. VI, números 282 y 297) a propósito de las nulidades: "Para todas las nulidades—dice él—el que invoca la nulidad tendrá o no que obtener una sentencia judicial según que esté o no esté en posesión de la cosa litigiosa, y más generalmente, según que haya de tener o no la situación de demandante en el litigio eventual. Esta es una consecuencia del principio que prohíbe hacerse justicia por sí mismo..... A falta de acuerdo amigable, el que quiere hacer cesar el estado de hecho resultante de la ejecución del acto nulo, tiene que obtener una sentencia....." (véase en el mismo sentido Colin et Capitant, T. I. número 297).

Y todo ello se explica fácilmente desde el punto de vista procesal. Ya los romanos habían definido la acción: "jus persequendi judicio quod sibi debetur", lo que vale tanto como definirla en la forma en que lo hizo Pothier: "el derecho de cada uno de perseguir judicialmente lo que le pertenece o lo que se le debe". Por eso el derecho de acción supone la existencia de tres elementos: a) un derecho; b) la calidad para actuar; c) un interés nacido y actual. Dentro de ese orden de ideas se ha sostenido en la doctrina francesa que el derecho a la acción está limitado a los casos en que se le pide al juez una condenación, sin que haya lugar a las acciones tendientes simplemente a constatar el derecho sin la súplica de la sanción correspondiente. Pero aún los autores que sostienen lo contrario (como Pierre Lepaulle en el estudio que sobre el aprticular publicó en Rev. Trim. de Dr. Civ., año de 1934, pág. 778), reconocen que no hay derecho a la acción por falta de interés cuando el derecho no ha sido desconocido o perturbado en su ejercicio. Así, según el autor citado, no se puede admitir que un propietario demande a otra persona para hacer reconocer su derecho de propiedad oponible erga omnes cuando nada en la actitud del demandado deja suponer que pretenda desconocerlo o impugnarlo.

Como en el caso que se estudia, según lo dicho, la servidumbre existe de pleno derecho porque la ley la establece directamente y porque, como lo explica Selus, el título es el derecho mismo de la incomunicación del predio, si los hechos corresponden a ese derecho, desaparece para el titular del derecho la necesidad de tomar la iniciativa judicial. Es el dueño del fundo sirviente quien se ve obligado a tomar tal iniciativa cuando considera que, en razón de las circunstancias que alega, no existe en realidad el derecho que se está ejerciendo por el dueño del fundo dominante. Tomada la iniciativa por aquél, su acción prosperará o no según que pruebe o no que el fundo dominante tiene salida suficiente a la vía pública.

A lo expuesto es procedente agregar: a) que los términos del artículo 905 de nuestro C. C. son muy amplios porque dentro de la noción de "beneficio" queda comprendido todo género de explotaciones del fundo, sean agrícolas o de otra clase; b) que las palabras empleadas por el legislador colombiano: "si un predio se halla destituido de toda comunicación con el camino público", no pueden ser obstáculo, como no lo fueron las empleadas en la redacción del artículo 682 del código francés, para llegar a la conclusión de que deben considerarse como encerrados no sólo los fundos que carecen de todo acceso a la vía pública sino también los que no tienen más que una salida insuficiente para la explotación de ellos; c) que de conformidad con el artículo 808 del código colombiano las servidumbres que se constituyen por un hecho del hombre son las voluntarias, pues las naturales provienen de la natural situación de los lugares, sin que haya necesidad de constituirlas, y las legales son impuestas por la ley y preexistentes por lo tanto en sí mismas a toda intervención judicial; y d) que el artículo 9º de la ley 95 de 1890, al establecer que las servidumbres discontinuas de todas clases y las continuas inaparentes no pueden constituírse sino por título, sólo se refiere a las servidumbres que tengan el carácter de voluntarias, y de ninguna manera a las legales, que no son susceptibles propiamente de constitución porque son el resultado de una imposición legal hasta el punto de que muchos autores no las consideran como servidumbres sino como restricciones impuestas por la ley a los derechos y a la libertad de los propietarios, en provecho de los fundos vecinos.

De lo dicho pueden sacarse las siguientes deducciones:

1ª Que la servidumbre legal de tránsito existe no sólo en favor de los fundos que carecen de todo acceso a la vía pública sino también de los que no tienen más que una salida insuficiente para la explotación de ellos;

2ª Que en la conveniencia social de la explotación del predio dominante encuentra dicha servidumbre su fundamento y al propio tiempo sus límites, sin que haya que hacer distinción alguna entre explotación agrícola o explotación industrial o explotación minera;

3ª Que dicha servidumbre legal no se constituye por título distinto del hecho mismo de la incomunicación, sino que existe de pleno derecho, porque es la ley la que directamente la establece, y es en consecuencia preexistente a toda determinación judicial, hasta el punto de que la necesidad o no necesidad de acudir a la justicia para el ejercicio efectivo de ella sólo depende de la situación de hecho existente: si el titular del derecho no necesita modificar los hechos existentes para conformarlos a su derecho, carece de interés la intervención de los jueces que, con su decisión, nada le agregan ni le quitan a ese derecho, sino que simplemente determinan, cuando es el caso, un cambio en la situación de hecho preexistente;

4ª Que, en consecuencia, la servidumbre de tránsito, cuando se trata de una servidumbre legal impuesta por la ley, existe independientemente de todo título (a menos que se entienda por tal, como lo entiende la Corte de Casación francesa, el hecho mismo del encerramiento), porque la norma jurídica que lo exige para las servidumbres discontinuas de todas clases y para las continuas inaparentes sólo se refiere a las servidumbres voluntarias.

Examinada la sentencia del tribunal a la luz de estas conclusiones, resulta claro que hay que infirmarla.

El tribunal, como ya se vio por las transcripciones hechas, para condenar a los demandados se fundó en la doble consideración de que a las minas de carbón pertenecientes al dueño del terreno no les son aplicables las disposiciones del Código de Minas sobre servidumbres y de que la servidumbre de tránsito, por ser discontinua, sólo puede constituírse por escritura pública. "Y como el predio de la "Ciénega"— concluye el tribunal— no soporta servidumbre de tránsito constituída por escritura pública en favor del predio de 'Elisondo"... debe concluírse que la acción negatoria prospera en este caso".

Es decir, que para el tribunal, eliminada la posibilidad de aplicación del artículo 177 del Código de Minas, la cuestión quedaba reducida a saber si había o no título de constitución de la servidumbre de tránsito a cargo del predio de la demandante. No habiendo tal título no podía reconocerse la existencia de la servidumbre. Y para el tribunal, ni la ley ni el enclavamiento son títulos.

Al argumentar así, el tribunal dejó de aplicar, como es obvio, el artículo 905 del C. C., que impone la servidumbre legal de tránsito en favor de los predios destituídos de comunicación con el camino público, sin necesidad de que medie título constitutivo de la servidumbre distinto de la ley y del hecho mismo de la incomunicación, e interpretó erróneamente el artículo 9º de la ley 95 de 1890.

Es por consiguiente el caso de infirmar el fallo recurrido puesto que él aparece acusado como violatorio, por errónea interpretación, del artículo 9º de la ley 95 de 1890 y como violatorio del artículo 905 del Código Civil.

No puede decirse que la acusación por este último concepto implique "un medio nuevo" en casación, como lo sugiere el opositor, pues si bien es cierto que el tribunal no mencionó ese artículo y que las partes no lo habían invocado, no es menos cierto que el razonamiento antes aludido del tribunal contiene implícita pero necesariamente la consideración de que el mencionado artículo 905 no es aplicable al caso, cuando en realidad sí lo es.

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

Por otra parte, aquí se trata de un medio de puro derecho que no puede por lo tanto ser considerado como nuevo; se refiere a la violación de un texto legal que el

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

El tribunal —al argüir, para fallar como falló, que "el predio de la "Ciénaga" no soporta servidumbre de tránsito constituída por escriutra pública en favor del predio de "Elisondo" y que "la servidumbre de tránsito por ser discontinua e inaparente sólo puede constituírse por escritura pública"— dejó de aplicar el artículo 905, que tenía que aplicar aun cuando las partes no le hubieran invocado, porque el fallador estaba obligado a juzgar según las reglas que regían la materia, cualquiera que hubiera sido al efecto la negligencia de las partes. Y de esa suerte violó ese texto, aunque no lo hubiera citado, por el hecho de concluír que el predio de la "Ciénaga" no soporta servidumbre de tránsito por no haberse ésta constituído por escritura pública.

IV

SENTENCIA DE INSTANCIA

Afirmó el demandante en el libelo que los condueños de "Elisondo" hasta hace algún tiempo "se conducían desde su predio hasta esta ciudad (Cali), por la quebrada de El Chocho y por el predio de Los Limones, hasta salir a las márgenes del río Aguacatal y al camino nacional que de esta ciudad parte hacia Buenaventura", pero que desde unos tres años antes de la iniciación del presente juicio establecieron, para comunicarse con Cali, tránsito por el predio de la "Ciénaga", de doña Rosaura García.

Acudió entonces ésta a las autoridades de policía para hacer cesar el referido tránsito por su predio y como tales gestiones no tuvieron para ella éxito favorable intentó la acción negatoria de servidumbre que ahora se estudia.

Como ésta se propuso en términos generalísimos, que comprenden tanto la servidumbre voluntaria de tránsito como la legal, sería necesario, para que prosperara, que en lo que a esta última atañe hubiera comprobado la actora una de estas tres cosas: a) o que el predio sí tiene salida suficiente y actual a la vía pública b) o que— dada la topografía y demás condiciones de la zona o teniendo en cuenta el origen mismo de la incomunicación— es algún otro predio colindante el que debe soportar el tránsito; c) o que la incomunicación se debe a hecho voluntario de los dueños de "Elisondo".

Ninguna de estas tres cosas comprobó la demandante y era indispensable que comprobara alguna de las tres para poder hacer las declaraciones solicitadas, que se refieren tanto a la no existencia de servidumbre voluntaria como a la no existencia de servidumbre legal.

La demandante afirmó y llegó a probar que los condueños de "Elisondo" y sus locatarios, arrendatarios, etc., "se conducían antes, desde su predio hasta esta ciudad, por la quebrada de El Chocho y por el predio de Los Limones hasta salir a las márgenes del río Aguacatal y al camino nacional que de esta ciudad (Cali) parte hacia Buenaventura", pero no afirmó ni probó que el predio de "Elisondo" tuviera, en el momento de la presentación de la demanda, una salida suficiente a la vía pública distinta del tránsito por el predio de la "Ciénaga", que es lo que ha debido afirmar y probar para que su acción negatoria de servidumbre prosperara.

El hecho de que en una época más o menos remota los condueños de "Elisondo" se comunicaran con el camino nacional "por la quebrada de El Chocho y por el predio de Los Limones, hasta salir a las márgenes del río Aguacatal", no implica necesariamente el que esa salida fuera todavía posible en el momento de la presentación de la demanda, ni mucho menos el que tal salida fuera suficiente para la explotación del predio denominado "Elisondo".

Por el contrario: si se tienen en consideración, de un lado, la alinderación que la misma demandante le asigna al predio de "Elisondo", y, de otro lado, la circunstancia de que ella misma se encargó de explicar que los condueños de dicho predio, para salir al camino nacional, antes de hacerlo por el predio de la "Ciénaga", tenían que conducirse "por la quebrada de El Chocho y por el predio de Los Limones, hasta salir a las márgenes del río Aguacatal", se llega a la conclusión de que no se afirmó siquiera y

no se probó tampoco el hecho que habría podido ser verdaderamente determinante de una declaratoria como la que hizo el tribunal sobre no existencia de servidumbre legal de tránsito, a saber: el hecho de no estar destituído el predio de "Elisondo" de comunicación con el camino público, o sea, conforme a la doctrina y a la jurisprudencia ya indicadas, el hecho de tener dicho predio salida suficiente para las necesidades de su explotación.

No puede argüírse contra lo expuesto que tratándose de una acción negatoria de servidumbre, fundada, como lo dice el nombre mismo de la acción, en hechos negativos, no le incumbía a la actora la carga de la prueba porque todo predio debe presumirse libre y es a quien alega el gravamen a quien le corresponde demostrarlo.

La doctrina moderna ha rectificado en forma definitiva y terminante la tesis que —por una errónea interpretación de los conocidos adagios latinos sobre el particular— formularon los antiguos glosadores en el sentido de que al que niega no le toca comprobar la negativa.

"El que alega, aunque sea un hecho negativo en apoyo de una demanda —dicen Planiol et Ripert, Tomo VII, Nº 1419— debe probarlo. Esto no ofrece ninguna dificultad si el hecho negativo es de tal naturaleza que pueda ser establecido por medio de la justificación de un hecho afirmativo contrario. Lo propio acontece si la alegación negativa de un litigante no puede ser reducida a un hecho positivo fácil de probar. La imposibilidad, aunque sea absoluta, en que se encuentre el demandante de justificar los hechos negativos, no puede ser motivo para descargarlo de la prueba e imponérsela al demandado.... Solamente la prueba de las proposiciones que tienen un carácter indefinido es imposible, porque una proposición indefinida, sea afirmativa o negativa, no es susceptible de prueba completa. Pero tales proposiciones no podrán ser objeto de controversias judiciales".

Por lo demás, es obvio que en el caso presente no se trataba ni de negaciones indefinidas ni siquiera de negaciones difíciles de probar. En lo que a la servidumbre legal de tránsito se refiere, los hechos básicos que, de haber sido probados, habrían dado lugar a las declaraciones solicitadas, eran de aquellos que los autores citados consideran como posibles de ser establecidos mediante la justificación de hechos afirmativos contrarios. En efecto: como ya se explicó, la demandante habría triunfado en su empeño si hubiera comprobado uno siquiera de los tres hechos a que arriba se aludió.

No ha perdido de vista la Sala, para llegar a estas conclusiones, la circunstancia bien conocida por ella de que muchos autores respetables (véase, por ejemplo, Esmein, Curso de Derecho Civil, primer año, dictado en la Facultad de París, 1934-35, pág. 853), afirman que quien promueve la acción negatoria de servidumbre puede limitarse a probar su derecho de propiedad sobre el fundo porque le corresponde a su adversario probar la existencia del derecho de servidumbre que alega, debido a que los predios deben presumirse libres por ser la libertad el estado normal de la propiedad. Pero esta tesis, expuesta por lo demás a propósito de las servidumbres voluntarias, no tiene cabida y justificación sino con respecto a éstas y en manera alguna en lo que se refiere a las servidumbres legales que implican limitaciones o restricciones normales a la propiedad. Si se tienen en cuenta los fundamentos que se aducen para relevar de la carga de la prueba a quienes intentan la acción negatoria, es incuestionable que esa opinión no podría extenderse a las servidumbres legales sin caer dentro de una concepción absolutista de la propiedad que pudo ser de recibo en otras épocas pero que resulta inadmisible e intolerable en el derecho moderno, y sin volver a la interpretación simplista que los glosadores hicieron de las reglas romanas sobre prueba de las negaciones.

Tampoco podría argüírse contra lo que arriba se expuso sobre la imposibilidad de que prospere la acción intentada, la circunstancia de que no haya mediado sentencia que, a petición de los dueños de "Elisondo" y de conformidad con lo previsto por los artículos 872 y siguientes del C. J., declare la existencia de la servidumbre legal de tránsito, porque, como ya se explicó, ésta "existe de pleno derecho", de plano, en forma tal que, como se ha visto, en Francia se reconoce unánimemente que quien de hecho ha ejercitado el tránsito por más de un año tiene en su favor la acción posesoria, para impedir los actos de perturbación por parte del dueño del predio sirviente, no obstante que se trata de una servidumbre discontinua. La jurisprudencia y la doctrina francesas —precisamente porque parten de la base de que la servidumbre legal de tránsito preexiste a toda decisión judicial y a toda reglamentación sobre su ubicación y sobre la indemnización a que haya lugar— reconocen sin discusión que el dueño del predio dominante puede hacerse mantener, por medio de la acción respectiva, en posesión de

su servidumbre legal de tránsito porque aun cuando los actos de uso de una servidumbre no aparente no constituyen una verdadera posesión, en este caso de la servidumbre legal de tránsito, como lo dicen Colin et Capitant, Tomo I, Nº 955 in fine, "el poseedor invoca un título en apoyo de su posesión: ese título es la ley".

Y ese título —como se desprende del hecho mismo de que sirva de fundamento a una acción posesoria en el caso de una servidumbre que es discontinua— no es un título mediato, remoto, que necesite ser complementado, concretado, adicionado, perfeccionado o atribuído mediante una decisión judicial, porque las sentencias que se dictan en materia de servidumbre nunca son atributivas del derecho, ni le agregan a éste nada, ni lo perfeccionan, sino que simplemente se limitan a constatar la existencia o no existencia de él. —Comentando el artículo 880 del código chileno— según el cual las servidumbres pueden también adquirirse por sentencia del juez en los casos previstos por las leyes— dice el señor Claro Solar (Tomo IX, Nº 1615): "No hay sin embargo ley alguna que provea los casos en que los jueces puedan constituír servidumbre y dar a los particulares el derecho de adquirirlas.... Las sentencias judiciales no pueden ser jamás sino declarativas de servidumbres preexistentes porque los poderes del juez se limitan a pronunciarse sobre la existencia de una servidumbre que se discute.... Se ha incurrido, pues, en un error al decir que las servidumbres de esta especie (las voluntarias), pueden también adquirirse por sentencia del juez en los casos previstos por las leyes. Las leyes no prevén tales casos, y las sentencias judiciales no son atributivas de propiedad sino simplemente declarativas de los derechos controvertidos y cuya existencia se justifica debidamente".

Algunos antiguos y por cierto no muy prestigiosos exégetas del Código de Napoleón (véase Mourlen, Tomo I, Nº 1805), sostuvieron que el enclavamiento no engendra de pleno derecho la servidumbre de tránsito y que tan sólo hace nacer el derecho de adquirirla por una expropiación que el propietario del fundo enclavado impone a los propietarios de los fundos que lo separan de la vía pública. "Si, en efecto— argüían ellos con razonamientos muy propios de la época— el derecho de tránsito existiera en provecho del fundo enclavado y por el hecho mismo de la incomunicación, el propietario de aquél no tendría necesidad de reclamarlo a sus vecinos: él lo tomaría y lo ejercería por propia autoridad. Pero, la ley es formal; ella quiere que el propietario reclame el tránsito, es decir, que se lo haga atribuír ofreciendo una indemnización a los propietarios de los fundos sobre los cuales el tránsito debe ser establecido. Por lo demás, mientras no se haya entendido con ellos, o, en caso de discusión, mientras no se haya dictado una sentencia, el derecho de tránsito no se ha adquirido".

Pero esa tesis no solamente ha sido rechazada por todos los autores contemporáneos, como Josserand (Tomo I, N: 1982), Esmein (Curso de Derecho Civil ya citado, páginas 770 a 853), Ripert (Curso de primer año de Derecho Civil, dictado en la Facultad de París en 1931-32, páginas 1336 y 1338), Planiol, Ripert y Picard (Nº 930), Colin et Capitant (Tomo I, Nº 955, in fine), sino que también fue combatida y victoriosamente refutada hasta por los más intransigentes exégetas, como Laurent y Huc.

Este último no vacila en declarar que el propietario enclavado "est, a ce titre, directement investi par la loy elle meme du droit de passer sur le fonds voisin", y en seguida agrega: "Sin duda pueden suscitarse a este respecto las dificultades y controversais de que acabamos de hablar. Pero esas dificultades sólo pueden dar lugar a una acción civil de parte del propietario del fundo sobre el cual el tránsito ha sido ejercido. De ninguna contravención podría hacerse responsable al propietario enclavado, puesto que la ley civil creó en su provecho, frente a la ley penal, una excusa sacada de la necesidad. Es, pues, fácil comprender que de hecho el propietario enclavado transite y siga transitando durante mucho tiempo sin haber hecho determinar por convención o de otro modo el trayecto que debe seguir y la manera como deba practicar el tránsito, a pie, con carreta, etc. En este caso, conforme al artículo 685, "la ubicación y el modo de la servidumbre de tránsito por causa de enclavamiento son determinados por treinta años de uso continuo. La acción de indemnización en el caso previsto por el artículo 682 es prescriptible, y el tránsito debe continuarse, aunque la acción de indemnización no sea ya admisible. No se trata del establecimiento por prescripción de una servidumbre, que, siendo discontinua, no puede establecerse sino por título. El título de la servidumbre en caso de enclavamiento es la ley misma. Se trata únicamente de su ejercicio.... Mientras la prescripción se cumple, el propietario enclavado, si llega a ser turbado en el goce de su derecho de tránsito, tal como lo ejerce, puede recurrir a la acción posesoria justificando una posesión anual de la ser-

vidumbre. Regularmente la fijación y el pago de la indemnización deberían ser previos al ejercicio del derecho de tránsito. Pero frecuentemente, en el hecho, acontece otra cosa. En este caso la prescripción de treinta años del derecho de tránsito acarrea la extinción de la acción de indemnización. La prescripción comenzará, pues, a correr desde el día en que la acción de indemnización nazca, es decir, desde el día en que el tránsito ha sido ejercido.... Teniendo la servidumbre de tránsito, en caso de enclavamiento, su título en la ley misma, sigue siendo después de su constitución distinta de la servidumbre de tránsito establecida por el hecho del hombre y no puede tener otra consistencia que la que le es dada por la misma ley...."

Laurent (Tomo VIII, Nº 106), a pesar de su apego al texto de la ley y no obstante la severidad con que a cada paso exige que las soluciones jurídicas se ajusten estrictamente a la letra de los artículos del código, combate decididamente la opinión según la cual el enclavamiento no engendra de pleno derecho la servidumbre de tránsito sino que apenas hace nacer el derecho de adquirirla por una expropiación que el propietario del fundo enclavado impone a los propietarios de los fundos que lo separan de la vía pública, y sostiene que aun cuando el artículo 682 del código francés hable de que el propietario del predio enclavado "puede reclamar el tránsito sobre los fundos de sus vecinos", hay que reconocer que la servidumbre existe de pleno derecho, desde el día mismo y por el solo hecho del enclavamiento, pues si bien es cierto —explica— que la letra del artículo 682 parece indicar que el dueño del fundo enclavado tiene que reclamar o hacerse atribuir la servidumbre mediante indemnización, hay que convenir en que el propietario enclavado está investido de su derecho real de servidumbre por la ley misma que viene a servirle de título. Dentro de ese orden de ideas él admite, como los demás expositores citados, que el dueño del predio enclavado, aun cuando se trata de una servidumbre discontinua, tiene acción posesoria para hacerse mantener en posesión de la servidumbre, por ser la ley el título de ésta.

No hay duda, por lo demás, de que la doctrina francesa a que acaba de aludirse y a que se aludió también más arriba, es también aplicable dentro de nuestro derecho positivo.

Sostener que de acuerdo con nuestro código no existe la servidumbre de pleno derecho; que el enclavamiento no engendra por sí mismo la servidumbre de tránsito; que la incomunicación solamente hace nacer el derecho de adquirir el tránsito por una expropiación que el propietario del fundo enclavado impone a los propietarios de los fundos que lo separan de la vía pública y afirmar que mientras el dueño de un predio enclavado no se entienda con sus vecinos o mientras no se pronuncie una sentencia el derecho de tránsito no se ha adquirido, porque el artículo 905 habla de que el propietario enclavado "tendrá derecho para imponer a los otros la servidumbre de tránsito", sería volver a la concepción que Mourlen expuso sobre el particular en el año de 1846.

Desde un punto de vista puramente gramatical podrían ser muchas y muy interesantes las diferencias dignas de anotarse entre el artículo 682 del código francés y el 905 del nuestro, pero en lo que atañe al aspecto que se viene estudiando de la institución jurídica que uno y otro consagran, es incuestionable que es uno mismo el sentido y uno mismo el alcance de esos dos textos, por más que en el uno se emplee un gerundio que en el otro no aparece y por más que la redacción francesa hable de reclamar a tiempo, que en la castellana se usa el verbo "imponer". La referida doctrina francesa no es el resultado de una exégesis más o menos laboriosa de los correspondientes artículos sino una consecuencia ineludible de la naturaleza misma de la institución y de elementales nociones de derecho procesal, tales como la ya recordada con una cita de Claro Solar sobre el carácter de las sentencias que en esta materia se dictan, que no son nunca atributivas del derecho real, como que simplemente constatan su existencia.

No habiendo sentencias atributivas del derecho real de servidumbre de tránsito; siendo esas sentencias declarativas; limitándose en tales casos los jueces a constatar que existen las circunstancias o condiciones previstas por el legislador y a reglamentar el modo de ejercicio y la indemnización: que son puntos accesorios; no pudiéndole agregar en ningún caso la sentencia nada al derecho consagrado por la ley; y, finalmente, existiendo precisamente en esta materia dos acciones opuestas: la confesoria, en favor del dueño del predio enclavado que, teniendo derecho al tránsito, no lo está ejerciendo, y la negatoria, en favor del dueño del predio que, no teniendo por qué soportar la carga, está sin embargo sufriendo el tránsito, es claro que de acuerdo con las circunstancias de hecho se promoverá aquélla o se promoverá ésta, según que se esté o no practicando el trán-

sito, y que, propuesta una u otra, la decisión judicial se pronunciara de conformidad con lo que resulte probado sobre existencia o inexistencia del enclavamiento y demás requisitos, sin que en el caso de la acción negatoria pueda ésta prosperar por la sola falta de una sentencia anterior en favor del predio enclavado, pues tal sentencia nada le habría agregado o quitado al derecho mismo de servidumbre legal. Lo contrario conduciría al absurdo de que las decisiones judiciales sobre servidumbres legales serían fallos atributivos del derecho.

"Las otras (las servidumbres legales) —dice Mr. Ripert enfocando este problema en su Curso de Derecho Civil, primer año, 1931-32— son dadas por la ley y basta constatar que se está en las condiciones en que el código concede la servidumbre. Esto no quiere decir que a veces la servidumbre legal no sea discutida y que no haya que llevar ante los tribunales las reclamaciones relativas a la existencia de estas servidumbres. Pero los tribunales se limitan entonces a constatar que la servidumbre existe. De otro lado, la intervención de la justicia es a veces necesaria porque hay dos puntos por determinar, que la ley no determina (l'assiette y la indemnización). Pero estos son puntos accesorios: la servidumbre resulta en realidad de la ley...."

La acción confesoria de servidumbre tiene que intentarla el dueño del predio dominante para hacer reconocer su derecho si encuentra resistencia, pero es obvio que cuando, inclusive con el amparo de la policía, está gozando plenamente de su derecho, no solamente no necesita intentar esa acción sino que, según las circunstancias, puede estar hasta impedido para ejercitarla por falta de interés jurídico. En ese caso es el dueño del predio sirviente el que tiene que intentar la acción negatoria, si cree que no tiene por qué sufrir el gravamen, y si la intenta, tiene que probar los hechos básicos de su demanda, en lo que a la inexistencia de servidumbres legales se refiere, pues con respecto a las voluntarias puede limitarse a probar su derecho de dominio sobre el predio, que se presume libre, pero libre de servidumbres voluntarias, y no libre de las restricciones o limitaciones normales dentro de la concepción moderna del derecho de propiedad.

No está por demás, para concluir esta cuestión concerniente a la insuficiencia de la prueba producida por la demandante, que no podía limitarse a hacer constatar la falta de una sentencia anterior sobre la servidumbre legal de tránsito ejercida por los demandados, hacer notar que la obra de Aubry et Rau —que en esta materia, como en tantas otras, sigue siendo considerada como la más perfecta manifestación de la doctrina jurídica francesa— contiene, sobre el asunto de que se viene ocupando la Sala, opiniones que coinciden exactamente con las que se dejan expuestas: "Aún en los casos, dicen tales autores, en que el tránsito no puede ser reclamado sino mediante indemnización, el ejercicio de la servidumbre anterior a la reglamentación de su ubicación y al señalamiento de la indemnización debida, no constituye la contravención prevista por los numerales 9º y 10º del artículo 475 del Código Penal y no puede dar lugar sino a una acción de perjuicios o a una acción posesoria. (En nota: "Se ha decidido igualmente que el hecho de que el propietario del fundo enclavado haya ejercido el tránsito sin ofrecer previamente una indemnización no hace inadmisible la acción que intente para reclamar en justicia el señalamiento de la ubicación del tránsito"). Pero hay más aún: si, en las circunstancias que acaban de ser recordadas, el propietario del fundo enclavado ha ejercido el tránsito durante un año por lo menos, será él quien pueda intentar la acción posesoria contra el propietario del fundo sirviente que lo perturbe en la cuasi-posesión de la servidumbre.... Habiendo sido establecida por la ley misma la servidumbre de tránsito, no puede ser adquirida por prescripción la servidumbre en sí misma. Pero a falta de reglamentación convencional o judicial sobre la ubicación y el modo de ejercicio del tránsito, la posesión de treinta años produce como efecto el determinar de una manera irrevocable esa ubicación y ese modo de ejercicio...."

Si, por los motivos que se dejan expresados, no pueden hacerse las declaraciones solicitadas por la demandante en lo concerniente a la inexistencia de la servidumbre de tránsito a que se refiere la demanda, es claro que, en cambio, sí debe hacerse la condenación a que se refiere la petición cuarta sobre pago de perjuicios.

Es incuestionable que en el caso de una servidumbre legal de tránsito el dueño del predio dominante debe resarcir todos los perjuicios que el tránsito cause al propietario del fundo sirviente, y como la actora pidió que se condenara a los demandados a pagar los perjuicios sufridos por la demandante a causa del tránsito establecido por los condueños de "Elisondo" sobre el predio de la "Ciénaga", no hay duda de que

la condenación solicitada al respecto debe decretarse.

La demandante, como es obvio, dados los términos de su demanda, se ha limitado a pedir el valor de los perjuicios causados en el tránsito en el período comprendido entre la iniciación de éste y la fecha de la ejecución de la sentencia. Por ese motivo la declaración que al respecto se haga en la parte resolutiva de este fallo tiene que quedar necesariamente limitada a los perjuicios sufridos en ese lapso, pero esto no quiere decir que la demandante no tenga acción para obtener en juicio distinto, de los demandados, las demás prestaciones a que da lugar el establecimiento de la servidumbre legal de tránsito de conformidad con los artículos 905 y 906 del C. C. Como quedó superabundantemente explicado más arriba, el hecho mismo del ejercicio, por parte del titular del derecho respectivo, de la servidumbre legal de tránsito, hace nacer, en favor del dueño del predio sirviente, la acción de indemnización correspondiente.

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 Cali, el 16 de noviembre de 1935, revoca la del juez de primera instancia y en su lugar resuelve:

1º Se condena a los demandados a pagar a la demandante el valor de los perjuicios sufridos por ésta a causa del tránsito establecido por aquéllos sobre el predio de la demandante denominado la "Ciénaga".

2º El monto de tales perjuicios será fijado durante la ejecución de la presente sentencia mediante el procedimiento establecido por los artículos 480 y 553 del Código Judicial, teniendo en cuenta que los perjuicios cuyo valor debe estimarse son los causados en el lapso comprendido entre la iniciación del tránsito por el predio de la "Ciénaga" y la ejecución del presente fallo.

3º Se absuelve a los demandados de todos los otros cargos de la demanda.

Sin costas.

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

Antonio Rocha, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J., Juan Francisco Mújica, Eduardo Zuleta Angel.—Emilio Prieto Hernández, Srio. interino.

SALVAMENTO DE VOTO
del magistrado Moreno Jaramillo

SERVIDUMBRE LEGAL DE TRANSITO

En algunos casos el legislador impone directamente las servidumbres. En otros, crea en abstracto el gravamen, lo autoriza o declara, y otorga el derecho de imponerlo en concreto. Tal ocurre con la servidumbre legal de tránsito, salvo excepciones. Esta servidumbre existe desde el momento en que se otorga el paso, pues antes sólo existía una obligación de vecindad. Su título mediato es la ley. El gravamen no nace en concreto sino por convenio entre las partes o por sentencia judicial, y pago de la servidumbre. Requiérense un título y un modo. De suyo, el solo enclavamiento del predio no significa nada ni prueba nada. Paralelo entre la ley colombiana y la francesa, sobre servidumbre legal de tránsito. Opiniones de Vélez, Uribe, Rodríguez Piñeres, Arzola, Claro Solar y Alessandri Rodríguez.

— I —

La servidumbre es un gravamen impuesto sobre un predio en utilidad de otro predio de distinto dueño, o como decía Bartolo expresándose en forma activa, la servidumbre es cierto derecho inherente a un fundo y útil al mismo, que disminuye la libertad de otro fundo.

Esa carga y esa potencia son inseparables del terreno a que pertenecen.

La servidumbre implica enajenación, por ser ella para el dueño de la heredad sirviente un desmembramiento de su dominio, que añade cierto carácter a la heredad dominante. Mejora la una a costa de la otra. No se limita a restringir. El gravamen sobre la primera debe aprovechar a la segunda. Este aprovechamiento constituye una condición esencial de la servidumbre.

Me ajusto al lenguaje de nuestra ley, parecido al de los romanos, pues habla de ser-

vidumbres prediales, jura praediorum, como si la tierra misma fuese sujeto activo de derechos. No olvido, sin embargo, las imágenes usadas por los antiguos jurisconsultos para sus construcciones doctrinales, como lo anota Jhering.

— II —

Las servidumbres, o son naturales, que provienen de la natural situación de los lugares; o voluntarias, que son constituídas por un hecho del hombre; o legales, que son impuestas por la ley.

Trataré apenas de las servidumbres legales, y entre éstas me referiré sólo a la de tránsito.

Las servidumbres legales son relativas al uso público, o a la utilidad de los particulares. Ejemplo de aquella especie, el uso de las riberas en cuanto sea necesario para la navegación o flote (art. 897 del C. C.). Ejemplos de esta especie, el tránsito en cuanto fuere indispensable para el uso y beneficio de un predio enclavado (art. 892 del C. C.).

Vuelvo a decir que me acomodo a la tecnología legal, si bien comprendo que la ley califica de servidumbres muchas limitaciones del dominio y aun obligaciones que exactamente no significan un gravamen impuesto sobre un predio, en utilidad de otro predio de distinto dueño. Ciertos deberes de buen vecino son elevados por el legislador a la categoría de servidumbre, con falta de técnica excusable por razones de orden superior o de interés de los particulares.

En algunos casos el legislador impone directamente la servidumbre, v. gr., obligando a dejar libre el espacio necesario para el flote a la sirga, o estableciendo el beneficio de la luz en provecho de un espacio cualquiera, cerrado y techado (arts. 898 y 931 del C. C.), o gravando con paso las fincas que se interpongan entre una mina y la vía pública (art. 177 del C. de M.).

En otros casos, el legislador crea en abstracto las servidumbres, las autoriza, como dice Vélez, o las declara y enumera, como dice Uribe, y otorga el derecho de imponerlas o establecerlas en concreto. Tal ocurre con la servidumbre legal de tránsito según el código civil, salvo un caso a que aludiré luégo, contemplado por el artículo 908.

El dueño de un predio destituído de toda comunicación con el camino público, por interposición de otros predios, "tendrá derecho para imponer a los otros la servidumbre de tránsito en cuanto fuere indispensable para el uso y beneficio de su predio, pagando el valor del terreno necesario para la servidumbre, y resarciendo todo otro perjuicio". Así lo autoriza el artículo 905 del código civil. Si tan claro texto necesitara de confirmación en busca de su verdadero espíritu, yo lo comprobaría con una sentencia de Duranton, según la cual el derecho de servidumbre para el predio enclavado existe desde el momento en que se otorga el paso, pues antes sólo existía una simple obligación de vecindad: conceder ese paso.

El origen de la servidumbre de tránsito, su causa inicial y remota, pudiera decir su título mediato, se hallan en la ley (art. 905 del C. C.), y una vez establecida, después de comprobar la falta de comunicación con el camino público y algunas otras circunstancias de que pienso hablar, todo mediante el juicio breve cuya tramitación señala el código judicial, esta servidumbre presenta, como lo dice Claro Solar, "todos los caracteres y produce, por lo mismo, todos los efectos de una servidumbre ordinaria de tránsito que hubiera sido establecida por un hecho del hombre".

El derecho a imponer la servidumbre de tránsito y la obligación correlativa de concederla, no nacen inmediatamente del código mismo, que apenas crea el título de donde resultan aquel derecho y esta obligación en abstracto. La servidumbre en concreto no nace sino desde el momento en que se producen las condiciones determinadas por la ley: convenio entre las partes o sentencia judicial, y pago de la servidumbre. El código es título suficiente y único de la limitación en general. Pero el contrato entre los dueños, o la sentencia del juez, y el pago del terreno necesario para el gravamen en particular, son condiciones para adquirir la servidumbre. Una de esas condiciones, el contrato o la sentencia, es título suficiente y único de la limitación en concreto.

Al crear la servidumbre legal de tránsito, el código subordina su establecimiento a la realización de ciertos hechos.

Requiérense un título y un modo, o sea, una ley y unas condiciones cuyo real concurso impone la carga, así como en otro campo del derecho civil, la conjunción de la justa causa y de la adecuada actividad hace brotar el derecho adquirido. No dijo el código que si un predio se halla destituído de toda comunicación con el camino público, por interposición de otros predios, tiene sobre éstos derecho de tránsito para su uso y beneficio. De haberse expresado así el legislador, sería forzoso concluir que la ser-

vidumbre legal de paso fue impuesta por la ley misma. Pero no. La ley apenas autorizó o declaró ese gravamen. En vez de afirmar, en el lenguaje realista de los romanos, que los predios interpuestos están gravados con paso en utilidad del predio encerrado, como lo dice el artículo 177 del código de minas, se valió de palabras propias del tratado de las obligaciones, para decir que "el dueño", no "la heredad", tendrá derecho para "imponer" el tránsito. Derecho que, si bien no renunciable, puede ejercerse o no ejercerse y puede dilatarse su ejercicio indefinidamente. Y esto en cuanto "fuere indispensable" para el uso y beneficio del predio embotellado.

Antes que el dueño de la finca enclavada ejerza el derecho que la ley le otorga para imponer a las fincas interpuestas la servidumbre de tránsito, mediante un juicio especial si no hay acuerdo, y mediante el pago del terreno, falta una relación definida e invariable entre el predio o los predios que soportan el gravamen, y el lugar aislado en cuya utilidad se impone la carga. Si los fundos no están relacionados entre sí, se carece de algo esencial para la existencia de la servidumbre.

No conviniéndose las partes, se reglará por peritos tanto el importe de la indemnización como el ejercicio de la servidumbre. Así lo prescribe el artículo 906 del código civil.

El código judicial, en sus artículos 872, 873, 874, 875 y 976, relacionados con los números 863, 865 y 866 de la misma obra, señala el procedimiento que debe seguirse para la imposición de una servidumbre o sobre el modo de ejercerla. La sentencia en estos juicios puede revisarse por la vía ordinaria.

Aunque breves, estos juicios especiales de servidumbres, aplicados a la imposición y ejercicio de la legal de tránsito, resultan complejos.

El juez debe apreciar el hecho de la destitución, relacionándolo con la naturaleza del predio y con sus necesidades. Averiguará cuál o cuáles de los fundos vecinos deben ser afectados por la servidumbre. Señalará en cada uno de los escogidos la zona por donde debe hacerse el tránsito. Evitará, en cuanto sea posible, que se trajine por casas, corrales, patios, huertos y jardines, lugares que no están exceptuados de la carga. Como ésta no puede imponerse sino en cuanto fuere indispensable para el uso y beneficio de la finca, dirá si el servicio es continuo o periódico, y fijará el ancho de la vía, la calidad de las cercas, su sostenimiento y demás pormenores previsibles. Para todo esto, así como para la valuación del terreno necesario y para el resarcimiento de perjuicios, oirá el dictamen de expertos. Obrará con equidad, teniendo en cuenta tanto los intereses del fundo enclavado como los intereses de los fundos serviles, y tratará de conciliarlos.

Sobre cuál de los predios vecinos y sobre qué zona del afectado se impondrá la servidumbre? Por el que se interpone en el trayecto más corto? Por el que ofrezca mayor facilidad de ejercicio, aunque el tránsito sea más largo?

Dice Vélez que en su concepto, "el dueño de un predio incomunicado debe demandar a los dueños de todos los fundos por donde pueda establecerse la salida al camino público, con el fin de que el juez pueda establecer, en vista de todas las circunstancias, la dirección que deba seguir el tránsito, y por lo mismo, los predios que quedan gravados con la servidumbre".

Y Claro Solar:

"Los redactores del código vieron, sin duda, que ésta era una cuestión de buena fe y de equidad, que en caso de controversia tenía que ser resuelta por el juez, según las circunstancias de cada caso; y prefirieron suprimir esa disposición incompleta (la del proyecto de 1853, semejante a la del código de Napoleón), y dejar al juez la resolución del conflicto, sentando únicamente la regla fundamental de que el propietario del predio destituído de toda comunicación con el camino público, tiene derecho para imponer a los otros predios interpuestos la servidumbre de tránsito".

Cumplidas las condiciones, entre las cuales se halla como básica el aislamiento del predio, la servidumbre queda constituída conforme a la ley, que es su título remoto o fuente originaria. La sentencia es declarativa del derecho en concreto.

Con fundamento en la ley, que autoriza o declara en abstracto, se fija el gravamen por decreto judicial como título próximo, si las partes no contratan su ejercicio. Interviniendo la voluntad de éstas, su convenio es, dice Uribe, "el acto constitutivo (subrayo) de la servidumbre".

Rodríguez Piñeres reconoce importancia al gerundio "pagando", empleado por el artículo 905 del código civil.

Acomodo al artículo 905, por su gerundio "pagando", las observaciones que mis antecesores Silva, Pardo y Castro V. hicieron el 22 de noviembre de 1906, en salvamento

de voto, al gerundio "reembolsando", usado por el artículo 1939 del código civil sobre pacto de retroventa.

El dueño del predio enclavado tiene una facultad, pero no pura y simple: no puede hacer uso de ella cuando le plazca, de suerte que el fundo sirviente quede sometido al capricho de quien pretenda haberle impuesto la servidumbre de tránsito. El dueño del dominante la adquiere para su predio, no arbitraria y caprichosamente, sino en las circunstancias legales, tanto sustantivas como adjetivas, y pagando el valor del terreno necesario. Mientras se abstenga de pagar, no opera en su favor el título legal de la servidumbre. Si no hay pago no hay gravamen.

La forma adverbial usada por el artículo 905 demuestra claramente el concepto que expresa. Se sabe que el tiempo indicado por el gerundio coexiste con el verbo a que se refiere o denota inmediata anterioridad. El código le da al dueño del predio dominante la facultad de imponer la servidumbre dentro de ciertas normas de hecho y pagando el valor del terreno. El pago debe ser inmediatamente anterior a la constitución del gravamen o coexistir con ella. Nada más claro.

El señor Bello, redactor del artículo 905, enseña que el gerundio modifica al verbo, como lo hacen los adverbios y complementos, significando una causa, una circunstancia, una condición y un modo.

Comprendo que el pago no transmite la propiedad de la faja al dueño del predio dominante, aunque los artículos 905 y 907 hablen de pagar y de restituir "el valor del terreno", pues las servidumbres son apenas limitaciones al dominio.

Torno a decir que el enclavamiento no es el título de la servidumbre legal de tránsito, sino que ésta tiene como causa remota la ley y como causa próxima la sentencia del juez o el acuerdo de las partes. Insisto en que el enclavamiento es sólo una condición, y agrego que aún admitido el hecho de que un predio carezca de toda salida al camino público, habría que estudiar el por qué de hallarse sin ese acceso, para saber si la condición se ha cumplido. En efecto, el dueño del predio aislado no tendría derecho para imponer a los otros el paso, si su aislamiento obedece a un acto voluntario suyo, como la construcción de obras que le privaran del camino o la destrucción de obras que facilitaran su acceso a la vía pública. Tampoco lo tendría en los casos de venta, permuta o división, sobre predios distintos del vendido o permutado o de las parcelas que integraban el inmueble total. Todas estas circunstancias deben ponerse en claro dentro del juicio breve sobre imposición del gravamen. De suyo, el solo enclavamiento no significa nada ni prueba nada.

Si concedida la servidumbre de tránsito, en conformidad a los artículos 905 y 906, llega a no ser indispensable para el predio dominante, por la adquisición de terrenos que le dan un acceso cómodo al camino, o por otro medio, el dueño del predio sirviente tendrá derecho para pedir que se le exonere de la servidumbre, restituyendo lo que al establecerse ésta se le hubiere pagado por el valor del terreno. Así dice el artículo 907. Véase cómo es el dueño del predio sirviente en arreglo voluntario, o el juez por sentencia si no hay arreglo, quien concede en concreto la servidumbre de paso, y cómo el gravamen no queda en concreto establecido, es decir, impuesto sobre determinado predio, como lo exige la definición de servidumbre (art. 879), sino merced al cumplimiento de los modos y condiciones ya dichos, entre los cuales figura el pago del terreno. Por algo dice el legislador "restituyendo lo que al establecerse ésta se le hubiere pagado..." Todo el artículo 907 demuestra la necesidad de una concesión y la necesidad de un establecimiento que coincide con el pago.

Sólo hay un caso de concesión automática de la servidumbre civil de tránsito: el contemplado especialmente por el artículo 908 del código, en que la voluntad presunta de las partes desempeña decisivo papel. Según este precepto se entiende concedida la servidumbre sin indemnización alguna, sobre los lotes desprendidos del que llegó a quedar enclavado por partición, venta o permuta.

Sobre la necesidad de un juicio cuando en el tránsito no consiente el dueño del presunto fundo servil, óigase lo que observa Vélez:

"Siendo la servidumbre de tránsito discontinua (art. 881), no puede ganarse por prescripción (art. 9, L. 95 de 1890). Por consiguiente, si no se consigue voluntariamente (arts. 937, etc.), para establecerla no hay otro medio que ejercer el derecho que confiere el artículo 905, el ejercicio del cual puede requerir hasta de juicio ordinario en que se discuta, como cosa previa, si es el caso de aplicar aquel artículo porque se trate de un fundo destituído de toda comunicación con un camino público. Más claro: a

quien se le quiera gravar un predio con la servidumbre legal de tránsito, tiene derecho de negar, entre otras cosas, que sea el caso en que la ley permite establecerla. Fuéra de este punto, pueden discutirse otros en el juicio, como pasamos a verlo al estudiar qué predios tienen derecho a la servidumbre; cuáles pueden gravarse con ellas; con qué condiciones, y cuándo puede extinguirse".

Concluyo este capítulo copiando un párrafo de Uribe, en donde se advierte la diferencia entre servidumbre legal posible y servidumbre legal ya impuesta:

"Sostienen Demolombe y Laurent que en los contratos de venta la cláusula libre de toda servidumbre debe entenderse que se refiere sólo a las establecidas por el hecho del hombre. Creemos que también comprende las legales ya impuestas; pero no las posibles (subrayo) ni las naturales de todas clases".

— III —

Dice Anzola que el código colombiano, en su artículo 905, sigue estrictamente la doctrina del artículo 682 del código francés, y agrega que la ley impone la servidumbre de tránsito.

Disiento de este parecer: ni el artículo 905 de los colombianos equivale estrictamente al 682 de los franceses; ni nuestro código impone esa servidumbre, que apenas la autoriza o declara.

Voy a permitirme hacer un breve paralelo entre la ley colombiana y la francesa, confrontando sus disposiciones a doble columna:

código colombiano	código francés
Art. 905.—Si un predio se halla destituido de toda comunicación con el camino público, por interposición de otros predios, el dueño del primero tendrá derecho para imponer a los otros la servidumbre de tránsito en cuanto fuere indispensable para el uso y beneficio de su predio, pagando el valor del terreno necesario para la servidumbre, y resarciendo todo otro perjuicio.	Art. 682.—El propietario cuyos fundos están enclavados y no tienen sobre la vía pública ninguna salida, o apenas una salida insuficiente para la explotación, sea agrícola, sea industrial, de su propiedad, puede reclamar un paso sobre los fundos de sus vecinos, a cargo de una indemnización proporcionada al daño que él puede ocasionar.

He copiado el artículo francés tal como quedó después de la reforma hecha por ley de 20 de agosto de 1881. De una vez hago igual observación respecto de los artículos 683, 684 y 685, que con el 682 forman la sección V, título IV, libro III del código de Napoleón.

Observo:

a).—Mientras el código colombiano exige que el enclavamiento proceda de la interposición de otros predios, el francés no condiciona la servidumbre al hecho de la interposición. Quizá pudiera admitirse que según el último procede el gravamen aunque la causa de haber perdido el predio su acceso a la vía sea distinta de la interposición misma, como una obra nueva o destruída en el fundo separado del camino.

b).—Mientras el código colombiano habla de falta de toda comunicación, el francés admite que la salida pueda ser apenas insuficiente.

c).—Mientras el código colombiano limita el tránsito a "cuando fuere indispensable para el uso y beneficio de su predio", el francés otorga derecho a una salida para la explotación, sea agrícola, sea industrial, sin limitarla a lo indispensable.

ch).—Mientras el código colombiano obliga al dueño del predio enclavado a pagar el valor del terreno necesario para la servidumbre y a resarcir todo otro perjuicio, el francés exige sólo una indemnización proporcionada al daño que se pueda ocasionar.

d).—Mientras el código colombiano, con la forma adverbial "pagando", exige que el valor del terreno sea satisfecho al mismo tiempo que se concede la servidumbre o con inmediata anterioridad a la concesión, el código francés ni siquiera manda que el valor del terreno sea pagado por el dueño del fundo dominante.

código colombiano	código francés
Art. 906.—Si las partes no se convienen, se reglará por peritos tanto el importe de la indemnización como el ejercicio de la servidumbre.	Art. 683. — El paso debe regularmente ser tomado del lado en donde el trayecto es más corto del fundo enclavado a la vía pública. Sin embargo, debe ser fijado en el lugar menos perjudicial a aquel sobre el fundo del cual se concede.

Observo:

e).—Mientras el código colombiano exige un juicio pericial sobre el importe de la indemnización y sobre el ejercicio de la servidumbre, juicio cuya tramitación está señalada por los artículos 872 a 876 del código judicial, el francés guarda silencio para el caso de desacuerdo entre las partes. No sé si en Francia existirá, como en Colombia, un procedimiento judicial para la imposición de la servidumbre.

f).—Mientras el código colombiano no da normas ningunas sobre ubicación de la servidumbre, el francés dispone que ordinariamente se prefiera el trayecto más corto, pero que sin embargo debe ser fijada en el lugar menos perjudicial para el fundo sirviente.

código colombiano	código francés
Art. 907.—Si concedida la servidumbre de tránsito, en conformidad a los artículos precedentes, llega a no ser indispensable para el predio dominante, por la adquisición de terrenos que le dan un acceso cómodo al camino, o por otro medio, el dueño del predio sirviente tendrá derecho para pedir que se le exonere de la servidumbre, restituyendo lo que al establecerse ésta se le hubiere pagado por el valor del terreno.	Art.— . . . . .

Observo:

g).—Mientras el código colombiano trae las nociones de concesión y de establecimiento de la servidumbre legal de tránsito, como fenómenos que ofrecen los caracteres de título declarativo en concreto, diferente del título remoto, o sea la ley, el francés no se refiere al significado del convenio entre las partes o de la sentencia judicial, como medios de concretar el gravamen autorizado o declarado en abstracto por el legislador.

h).—Mientras el código colombiano ordena la restitución de lo que al establecerse la servidumbre de tránsito se le hubiere pagado al dueño del predio sirviente por el valor del terreno, el código francés nada dice sobre tal punto porque no se puede restituir lo que no se ha recibido, y este código no exige que el dueño del predio dominante pague el valor del terreno necesario para la servidumbre.

código colombiano	código francés
Art. 908.—Si se vende o permuta alguna parte de un predio, o si es adjudicada a cualquiera de los que lo poseían proindiviso, y en consecuencia, esta parte viene a quedar separada del camino, se entenderá concedida a favor de ella una servidumbre de tránsito, sin indemnización alguna.	Art.—684.—Si el enclavamiento resulta de la división de un fundo por consecuencia de una venta, de una permuta, de una división o de todo otro contrato, el paso no puede ser demandado sino sobre los terrenos que han sido objeto de esos actos. Sin embargo, en el caso de que un paso suficiente no pudiera ser establecido sobre los fundos divididos, el artículo 682 sería aplicable.

Observo:

i).—Mientras el código colombiano enumera la venta, la permuta y la partición, el francés enumera esos mismos fenómenos y agrega "todo otro contrato".

j).—Mientras el código colombiano establece en este caso de excepción una servidumbre de tránsito que "se entenderá concedida", el francés dice que el paso puede "ser demandado".

k).—Mientras el código colombiano estatuye que en el establecimiento automático no se paga indemnización alguna, el francés se abstiene de librar del pago de los perjuicios.

l).—Mientras el código colombiano entiende concedida la servidumbre sobre los terrenos que fueron objeto de la venta, de la permuta o de la división, pues parece razonable entenderlo así, el francés añade que si un paso suficiente no puede ser establecido sobre los fundos divididos, se aplica el artículo 682 sobre enclavamiento, que no excluye ningún predio interpuesto.

código colombiano	código francés
Art.—	Art. 685.—La ubicación y el modo de la servidumbre de paso por causa de enclavamiento, son determinados por treinta años de uso continuo. La acción por indemnización, en el caso previsto por el artículo 682, es prescriptible, y el paso puede ser continuado, aunque la acción por indemnización no sea ya recibible.

Observo:

l).—Mientras el código colombiano (art. 905), manda que se pague el valor del terreno y se resarza todo otro perjuicio, sin establecer una prescripción especial que extinga estas obligaciones, el francés señala treinta años de uso continuo.

m).—Mientras el código colombiano guarda silencio sobre localización y modo por el transcurso del tiempo, el francés dice que el lapso de treinta años de uso continuo determinará el asiento y la manera de ejercerse la servidumbre.

n).—Mientras el código colombiano (art. 906) prescribe que el ejercicio de la servidumbre se regle por peritos, el francés admite que el modo se determine por treinta años de uso continuo.

— IV —

Rosaura García, dueña de una finca denominada "La Ciénaga", promovió acción negatoria de servidumbre contra los señores Barberenas, Antonio, Carlos, Juan y otros, dueños de un predio llamado "Elisondo", para que se declarara que la primera heredad no está gravada con servidumbre de tránsito en favor de la segunda.

Los demandados se opusieron a la demanda y promovieron una de reconvención con apoyo en el artículo 905 del código civil, a la cual no se le dio curso por falta de personería en el apoderado que la inició.

El juez 1º del circuito de Cali, en sentencia de 25 de abril de 1935, absolvió a los demandados con apoyo en el artículo 177 del código minero, según el cual toda mina goza de servidumbre de tránsito sobre las fincas que se interpongan entre ella y el camino público. El juez tuvo en cuenta que en el predio "Elisondo" se explota una mina de carbón mineral.

El tribunal de Cali, en sentencia de 16 de noviembre de 1935, revocó el fallo del juez y declaró que "La Ciénaga" no soporta servidumbre de tránsito en favor de "Elisondo".

Dijo el tribunal:

"En lo tocante al caso que se contempla en el presente juicio, por tratarse de minas de carbón, situadas en terrenos de propiedad particular, no están sometidas en cuanto a su explotación y servidumbres a las disposiciones del código de minas sino a las del derecho común o código civil. Y como el predio de 'La Ciénaga' no soporta servidumbre de tránsito constituída por escritura pública, en favor del predio de "Elisondo"; y como la servidumbre de tránsito, por ser discontinua e inaparente, sólo puede constituírse por escritura pública según los artículos 881 y 882 del C. civil, y 9º de la ley 95 de 1890, debe concluírse que la acción negatoria prospera en este caso. Igualmente debe prosperar la acción de perjuicios provenientes o causados por el tránsito establecido sobre el predio de la demandante por los demandados o sus agentes, como dueños del predio de 'Elisondo', perjuicios que deben estimarse y liquidarse de acuerdo con el artículo 553 del código judicial".

Los dueños de "Elisondo" interpusieron recurso de casación contra la sentencia del tribunal. La corte suprema de justicia, sala de casación en lo civil, infirmó en esta fecha el fallo recurrido, porque en su concepto es violatorio del artículo 905 del código civil. Me atrevo a pensar, con el más acendrado miramiento por mis ilustrados colegas, que la corte erró casando ese fallo.

Yo salvo mi voto.

En el juicio no se discutió si era o no era aplicable el artículo 905. La contrademanda, inteligentemente dirigida a obtener la aplicación de este precepto, no recibió curso a causa de haber sido propuesta por un tercero sin facultades para reconvenir.

El doctor José Antonio Archila, abogado de "La Ciénaga", dice en su escrito sobre oposición a la demanda de los recurrentes:

"... la sola ley no constituye título suficiente aun cuando en ella se reconozca un derecho, si no se hace valer por medio de actuación correspondiente dicho derecho y el

modo de ejercitarlo. La disposición que se dice violada (art. 905) no ha sido materia de controversia..."

— V —

La corte pasó por alto los trámites sobre imposición de servidumbres, establecidos en el código judicial; estimó violado el artículo 905 del código civil; vio en el enclavamiento un título, no una condición; reconoció importancia al ejercicio del tránsito en el hecho, y fue hasta afirmar que en este juicio negatorio de servidumbre era a la demandante a quien correspondía el peso de la prueba.

Por temor de alargarme demasiado no cito una verdadera muchedumbre de autores que demuestran cómo debe invertirse la carga de la prueba en la acción negatoria de servidumbre.

Los dueños de "Elisondo", fracasada su contrademanda, han debido probar, para oponerse a la acción negatoria, que su fundo, por convenio entre las partes o por sentencia judicial, gozaba en concreto del tránsito autorizado por el artículo 905, y que habían ellos pagado el precio de la servidumbre ya definida. Hechos fáciles de establecer. También era sencillo demostrar que el enclavamiento reunía todas las condiciones materiales y jurídicas a que está condicionada la imposición de la servidumbre.

Dice Alessandri Rodríguez:

"Son condiciones (subrayo) necesarias para que tenga lugar la servidumbre de tránsito, las tres siguientes: 1ª).—Que el predio dominante se halle privado de toda comunicación con el camino público, porque si tiene una comunicación con él, por larga, costosa e incómoda que sea, no puede imponerse esta servidumbre con el carácter de legal; 2ª).—Que el uso de la servidumbre sea necesario para la explotación del predio; y 3ª).—Que se indemnice previamente (subrayo) al propietario del predio sirviente".

Así excuso mi voto negativo a la sentencia de hoy.

Bogotá, septiembre 2 de 1936.

Miguel Moreno J.

PETICION DE HERENCIA Y ACCION REIVINDICATORIA.—DECRETO DE POSESION EFECTIVA DE LA HERENCIA

La acción reivindicatoria se distingue de la de petición de herencia por razones de origen, objeto, partes, controversia y pruebas. Así: 1º La reivindicatoria se origina del derecho real de dominio; la de petición se origina del derecho real de herencia; 2º La reivindicatoria tiene por objeto una cosa singular; la de petición tiene por objeto una cosa universal, con universalidad de derecho, no de hecho. (Hay universalidades de hecho, como un rebaño o una biblioteca, que pueden reivindicarse); 3º La reivindicatoria corresponde al verdadero dueño contra el que posee una cosa singular que no es suya; la de petición corresponde al legítimo heredero contra el que ocupa indebidamente una herencia diciéndose heredero; 4º La reivindicatoria da origen a un juicio en que se discute la calidad de dueño; la de petición da origen a un juicio en que se discute la calidad de heredero, y 5º La reivindicatoria impone al actor la carga de probar el derecho de propiedad que invoca; la de petición impone al actor la carga de probar su calidad de heredero. El decreto de posesión efectiva no es otra cosa, dice la comisión redactora del código judicial, que un auto destinado a ser inscrito, para que cancele los registros hechos en favor del de cujus, a intento de que no subsistan con el peligro de que cualquiera persona, tomando su nombre, disponga de los bienes herenciales o los grave, y para que confiera a los herederos, conjuntamente, facultades dispositivas respecto de los mismos bienes. A lo dicho por los abogados redactores agrega la corte que el decreto de posesión no otorga la calidad de heredero, ni suple la falta de títulos, ni excluye de la herencia a quienes se presenten más tarde con la prueba necesaria para que se extienda también a su favor dicho decreto; pero sí sirve, por excepción, de justo título al heredero putativo para que sea considerado como poseedor regular, como se desprende de los artículos 766, inciso último, y 1326 del código civil.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de casación en lo civil.—Bogotá, veintiocho de septiembre de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente, Dr. Miguel Moreno Jaramillo)

Por memorial fechado el 15 de julio de 1931, demandó el distrito de Tinjacá a Elcías y Gabriel Peñarete, Leonidas Peña, Eliseo y Pedro Ortegón, Alberto Castro y Román Quiñones, para "que previos los trámites de un juicio ordinario de petición de herencia", se hicieran estas declaraciones:

Primera.—Que el mandato conferido por Victoria Sasa o Isaza de Páez a Aristarco Villamil, el 20 de agosto de 1920, así como su adición efectuada el 21 de los mismos mes y año, que respectivamente llevan los Nos. 233 y 237 de la notaría de Tinjacá, "son nulos absolutamente, y nulos absolutamente los efectos producidos por dichos poderes sobre los bienes sucesorales de la referida Victoria Sasa, desde el instante en que ésta dejó de existir....."

Segunda. — Que los terrenos llamados "Piedra Ancha", actualmente ocupados por Leonidas Peña y los dos Ortegones, y "La Ceiba", actualmente ocupado por Román Quiñones y Alejandrino y Alberto Castro, en el segundo de los cuales inmuebles hay una casa, "son los mismos terrenos y casa de la sucesión de Victoria Sasa o Isaza de Páez, de cuyos bienes se declaró heredero universal al municipio de Tinjacá.....".

Tercera.—Que son absolutamente nulos todos los contratos que versen sobre dichos bienes, celebrados por Aristarco Villamil o por cualquiera otra persona desde el 20 de agosto de 1920, y que por consiguiente adolecen de nulidad los que en seguida se expresan:

a).—El de cesión o adjudicación celebrado el 28 de agosto de 1920, en la notaría de Tinjacá, bajo el Nº. 252, a favor de Pedro y Eliseo Ortegón y Gervasio Castillo, sobre parte del terreno denominado "Piedra Ancha".

b).—El de compraventa celebrado el 4 de octubre de 1920, bajo el Nº 301, por Próspero Castro y Ana Dolores Vanegas, a favor de Leonidas Peña, sobre el resto del terreno llamado "Piedra Ancha".

c).—El de compraventa celebrado el 2 de febrero de 1921, bajo el Nº 56, en la notaría 2ª de este circuito, por Aristarco Villamil a favor de Román Quiñónez, Próspero Castro y Sebastián Velásquez, sobre parte del terreno llamado la vega de "La Ceiba" y parte de la casa de rafa y teja.

d).—El de compraventa celebrado por Aristarco Villamil a favor del menor Alber-

to Castro, en la notaría de Tinjacá, bajo el Nº 113, el 10 de mayo de 1925, sobre el resto de la vega de "La Ceiba" y casa ya dichos.

Cuarta.—Que se condene a Leonidas Peña, Pedro y Eliseo Ortegón, Alberto Castro y su padre Alejandrino Castro y Román Quiñones, a que restituyan al distrito de Tinjacá el dominio y posesión de los terrenos y casa mencionados, pertenecientes a la sucesión de Victoria Sasa, que ocupan así:

El primero, Leonidas Peña, parte del terreno llamado "Piedra Ancha", por estos linderos: ".....".

Los dos siguientes, Pedro y Eliseo Ortegón, el resto del mismo terreno, por estos linderos: ".....".

Los tres últimos, Alberto y Alejandrino Castro y Román Quiñones, la vega de "La Ceiba" y la casa, demarcados, respectivamente, por los linderos que se expresan en los números 2 y 3 de la diligencia de inventarios acompañada en copia.

Quinta.—Que se condene a los demandados a pagar al distrito de Tinjacá, o a quien sus derechos represente, los frutos naturales y civiles producidos por dichas fincas y percibidos en diez años, o sea los que hubiera podido percibir su verdadero dueño, manejándolos con mediana inteligencia, y las costas y daños del presente juicio.

El tribunal de Tunja, por sentencia fechada el 25 de septiembre de 1935, declaró probada la excepción perentoria de petición de un modo indebido y no hizo ninguna de las declaraciones solicitadas en la demanda.

El tribunal funda su fallo en extensas consideraciones que la corte resume así:

La acción.—Dice que el demandante ha ejercitado la de petición de herencia, dentro de la cual no cabe un litigio distinto del que verse sobre el carácter de heredero de quien reclama las cosas hereditarias ocupadas por otro con el mismo carácter.

Petición primera.—Anticipándose al argumento de que dentro del juicio ordinario caben varias acciones compatibles, observa que en este caso habría necesidad de que la demanda estuviese enderezada contra el mandatario Villamil, o contra sus herederos si este señor falleció, porque no es posible decretar la nulidad de un mandato sin audiencia de las partes que concurrieron a su celebración. Agrega que si lo pedido es la nulidad del mandato, se hace indispensable la prueba de su existencia aparente, prueba no traída a los autos pues el mismo actor afirma que los títulos contentivos de ese contrato no merecen fe por falta de registro. Aparece, además, que el registro de uno de esos títulos no está firmado por el registrador, lo que basta para que el tribunal no pueda estudiar la nulidad del mandato en sí mismo pacto que el instrumento que lo contiene no hace fe en juicio.

Petición segunda.—Dice que no puede tener efecto en la parte resolutiva de un fallo, porque es inocua debido a que el actor confundió el medio probatorio con la finalidad, pues la declaración de que dos predios son idénticos no crea ni destruye vínculos jurídicos.

Petición tercera.—Sostiene que su vaguedad excusa todo comentario, y refiriéndose a sus cuatro letras observa:

a).—Dice que omite señalar como demandado a Gervasio Castillo, uno de los contratantes, sin la audiencia del cual no es posible hacer declaración de nulidad, porque haciéndola resultarían violados la constitución y los más triviales conceptos de equidad, con razón tanto mayor cuanto el motivo de la nulidad alegada parece consistir en la carencia de personería de Villamil, y "sería absurdo declarar nulo, de nulidad absoluta, este contrato respecto de los adquirentes, descartando al tercero o sea Gervasio Castillo", y tampoco se ha dirigido la acción contra el citado Villamil.

b).—Dice que es imposible la declaración de nulidad de esta compraventa, porque el actor no señala como demandados a los vendedores Próspero Castro y Ana Dolores Vanegas.

c).—Dice que no se puede declarar la nulidad de esta compraventa porque no se ha demandado a los dos compradores, Próspero y Sebastián Velásquez.

d).—Dice que no es posible fallar sobre la nulidad sin la audiencia de quienes intervinieron en esta controversia, entre los cuales figura Villamil, no demandado personalmente o en cabeza de sus herederos si ya falleció.

A estos razonamientos agrega otros el tribunal:

Dice que la acción no es reivindicatoria porque el actor manifestó que ejercía la de petición de herencia, y porque en una sucesión ilíquida, como la de Victoria Sasa o Isaza, no puede el heredero reivindicar para sí los cuerpos ciertos de que se compone la universalidad, sino pedir en nombre de la sucesión y para ella lo que no ha ocurrido en este litigio, pues [illegible] solicita se le

restituyan a él, y no a la sucesión, los bienes que integran el patrimonio de ésta.

Peticiones cuarta y quinta.—Dice que habiéndose formulado tales peticiones como consecuencia de la nulidad de los contratos, no siendo posible declarar ésta tampoco puede decretarse la restitución de las fincas y de sus frutos.

Petición de modo indebido.—Dice que hay motivos suficientes para considerar probada esta excepción perentoria, motivos que sintetiza de esta manera:

"Petición de modo indebido, porque el actor no demandó, al pedir la nulidad de los contratos, a todos los que en ellos intervinieron; petición de modo indebido porque solicitó la nulidad de los contratos de mandato entre el causante y Aristarco Villamil sin demostrar legalmente su existencia siquiera aparente; petición de modo indebido porque solicita que en la parte resolutiva del fallo se declare la identidad de las fincas inventariadas con las que se reclaman cuando esto debe ser materia de la táctica probatoria; petición de modo indebido porque dice ejercitar la acción de petición de herencia contra personas que no tienen ni han alegado su condición de herederos del causante; petición de modo indebido porque si pretendió el actor ejercitar la acción reivindicatoria no ha debido pedir para el heredero sino para la sucesión ilíquida del causante".

El distrito recurrente alegó estos motivos de casación:

1º—Indebida aplicación del artículo 1321 del código civil, porque para llegar el tribunal a concluír que se trata de una petición de herencia, no se detuvo a examinar las súplicas hechas en la demanda, ni las distintas acciones ejercitadas, ni las calidades de demandante y demandados, ni la causa y objeto del libelo.

Observa que el demandante ejercita la acción de nulidad de un mandato, por ilicitud en su objeto, como quiera que radica en la venta de bienes de la poderdante después de su fallecimiento, con desconocimiento de los artículos 757, 1013 y 1037 del código civil, que interesan al orden público; y como consecuencia de la nulidad del mandato, el distrito, en su condición de único heredero, pidió la nulidad absoluta de los contratos respectivos, por estar viciados absolutamente debido a la ilicitud de su objeto, que fue la enajenación de bienes de Victoria Sasa o Isaza después de su muerte, y anota que como consecuencia y coronamiento de las dos acciones precedentes, ejercitó la reivindicatoria, al pedir la restitución de los bienes.

Sostiene que la acción fue reivindicatoria y no de petición de herencia, para lo cual hace notar, entre otras cosas, que el actor comprobó tener derecho de dominio sobre los bienes ocupados por los demandados, en virtud de haberse dictado en su favor, como heredero único, el decreto de posesión efectiva de la herencia, decreto que en su sentir constituye el título de dominio cuando se trata de un solo heredero, conforme a los artículos 757 del código civil y 951, 953 y 968 del código judicial.

Asevera que la aplicación dada al artículo 1321 fue indebida, como quiera que ninguna de las súplicas versa sobre la calidad de heredero del distrito de Tinjacá con exclusión de los demandados.

Afirma que pudiera glosar los argumentos del tribunal tocantes a las acciones de nulidad del mandato y de los contratos celebrados con el seudomandatario, pero que se abstiene de hacerlo porque ello es innecesario para el fin que se propone, consistente en demostrar la indebida aplicación del artículo 1321, ya que el actor no intentó petición de herencia sino reivindicación.

Y cree innecesario ocuparse en la nulidad del mandato y de los contratos celebrados por Villamil, porque el tribunal reconoció la inexistencia del mandato cuando habló de la falta del regstro, y no existiendo el mandato "no hace falta la declaración de nulidad de éste por el objeto ilícito sobre que recayó, como tampoco hace falta la declaración de nulidad de los contratos celebrados por Villamil, en ejercicio de aquel aparente mandato, y que tuvieron por objeto la enajenación de los bienes de la herencia de Victoria Isaza, para que pueda prosperar la acción reivindicatoria ejercitada contra los actuales poseedores de los mismos bienes; y no hacen falta, sencillamente, porque no habiendo mandato no hay vínculo de derecho entre Victoria Isaza y Aristarco Villamil, circunstancia que hace más relevante el hecho de que los actuales poseedores de los bienes de la herencia de la Isaza carecen de justo título y por tanto no pueden oponerse a la restitución que de ellos se demanda".

2º.—Infracción directa de los artículos 946, 947, 949, 950, 961, 962 y 964 del código civil.

Alega que el error cometido por el tribunal, calificando de petición de herencia la

reivindicación, lo llevó a infringir los artículos citados.

Anota que el actor trajo la prueba de los hechos necesarios para que prosperara la acción de dominio, y que el tribunal ha debido reconocer al distrito de Tinjacá los derechos que como a dueño le conceden los artículos 947, 949 y 950, para reivindicar los bienes que fueron de la herencia de Victoria Isaza, y ha debido condenar a los demandados a restituir los frutos naturales y civiles.

Añade que el tribunal incurrió en error al apreciar las pruebas pertinentes, porque el distrito de Tinjacá estableció no la simple calidad de heredero sino el derecho de dominio sobre los bienes, en virtud de haberse dictado en su favor el decreto de posesión efectiva de la herencia, que por estar debidamente registrado y tratarse de heredero único, constituye título de dominio conforme a los artículos 757 del código civil y 951, 953 y 968 del código judicial, por lo cual el distrito no tenía por qué demandar para la sucesión ilíquida.

Concluye observando que el argumento de necesitarse la prueba de la propiedad del autor, para que el heredero pueda reivindicar, no procede en este caso porque los poseedores alegan como título de su derecho la condición de causahabientes de Victoria Isaza, es decir, ambas partes convienen en que Victoria tenía el derecho de dominio sobre los bienes a que la acción reivindicatoria se refiere.

La corte considera:

Todos los derechos reales pueden reivindicarse, excepto el de herencia. Este tiene su modo legal de ejercicio bajo el nombre de petición de herencia. Es la acción que corresponde a quien por ley o testamento pertenece una herencia ocupada por otro en calidad de heredero, para que le sea adjudicada y se le restituyan las cosas hereditarias.

La acción reivindicatoria se distingue de la de petición de herencia por razones de origen, objeto, partes, controversia y pruebas. Así:

1ª—La reivindicatoria se origina del derecho real de dominio; la de petición se origina del derecho real de herencia;

2ª—La reivindicatoria tiene por objeto una cosa singular, esto es, particular, determinada y cierta; la de petición tiene por objeto una cosa universal, con universalidad de derecho, no de hecho. (Hay universalidades de hecho, como un rebaño o una biblioteca, que pueden reivindicarse).

3ª—La reivindicatoria corresponde al verdadero dueño contra el que posee una cosa singular que no es suya; la de petición corresponde al legítimo heredero contra el que ocupa indebidamente una herencia diciéndose heredero.

4ª—La reivindicatoria da origen a un juicio en que se discute la calidad de dueño; la de petición da origen a un juicio en que se discute la calidad de heredero; y

5ª—La reivindicatoria impone al actor la carga de probar el derecho de propiedad que invoca; la de petición impone al actor la carga de probar su calidad de heredero.

En su libelo fechado el 15 de julio de 1931 (folios 75 y siguientes) demanda el distrito de Tinjacá para que se hagan ciertas declaraciones "previos los trámites de un juicio ordinario de petición de herencia".

No obstante los términos empleados en la demanda, la intención de ésta es clara en el sentido de promover una acción reivindicatoria.

El tribunal interpretó erróneamente la voluntad del distrito, y anotó el absurdo de iniciar una acción de petición de herencia dirigida a obtener declaraciones de nulidad y a que cosas singulares fueran restituídas por quienes las poseen invocando títulos extraños a la calidad de heredero.

De ahí que el recurrente citara como violado, por indebida aplicación, el artículo 1321 del código civil.

Los dos grupos de opositores a la demanda de casación afirman, en sendos memoriales, que el demandante debió acusar la sentencia por error evidente en la interpretación de la demanda, señalar en qué consistió ese error y demostrarlo; pero que lejos de proceder así se redujo a acusar el fallo por indebida aplicación del artículo 1321.

Cree la corte que aun cuando el recurrente no empleó los precisos términos usados por el artículo 520 del código judicial, en su inciso tercero, no hay duda de que alegó la apreciación errónea del libelo, y demostró haberse incurrido por el fallador en error de hecho manifiesto en los autos, al interpretar dicha pieza con un criterio en extremo textualista; pues tal recurrente dice que para ver el tribunal una acción de petición de herencia "no se detuvo a examinar la demanda, ni las peticiones en ella hechas, ni las distintas acciones que mediante el libelo se ejercitan, ni las calidades alegadas por el demandante o asignadas a los demandados, ni la causa y objeto de tales peticiones,

pues de seguro, si previamente hubiera hecho este análisis otra habría sido la respuesta dada al interrogante formulado".

El distrito de Tinjacá promovió juicio dirigido a obtener que unos contratos fuesen declarados nulos y que unas cosas singulares le fuesen restituídas. Dos acciones conciliables dentro del procedimiento ordinario: una de nulidad y otra reivindicatoria. No empece a esta justa interpretación el decir textual de que hacía petición de herencia.

La corte casaría la sentencia por errónea interpretación de la demanda que llevó a aplicar indebidamente el artículo 1321 del código civil, si no fuera porque el fallo descansa sobre otros fundamentos poderosos a sustentarlo aun prescindiendo del ya analizado, fundamentos que no han sido objeto de ataque en casación.

En efecto, el tribunal declara probada la defensa de petición de un modo indebido con apoyo en numerosas razones que subsistirían, unas por natural solidez y otras por falta de impugnación, aunque la corte hiciera desaparecer la relativa a equivocada escogencia de la acción.

Resumiendo aún más los argumentos del tribunal, ya bastante abreviados en el presente fallo, recuérdese cómo esa entidad se apoyó en estos motivos:

a).—Improcedencia de la acción intentada;

b).—Falta de citación del mandatario Villamil, o de sus herederos si éste falleció, porque han debido ser llamadas al juicio las partes en los mandatos cuya ineficacia se pide;

c).—Imposibilidad de estudiar la nulidad de dos contratos de mandato, traídos al proceso en copias no registradas;

ch).—Ser inocua la súplica del libelo referente a la identidad de los fundos;

d).—Vaguedad de la súplica tercera, en que el demante pide se "declare que todos los contratos recaídos o que versen sobre dichos bienes, ya sean celebrados por Aristarco Villamil o por cualquiera otra persona, desde el 20 de agosto de 1920 en adelante, son nulos absolutamente, porque no proceden de justo título y porque la nuda propiedad, o sea el dominio y posesión de tales bienes, pertenece al municipio de Tinjacá".

e).—Imposibilidad de estudiar la validez del contrato contenido en la escritura Nº 252, sin que hayan sido demandadas todas las personas que lo celebraron, pues no se ha citado ni a Aristarco Villamil ni a Gervasio Castillo;

f).—Imposibilidad de estudiar la validez del contrato contenido en la escritura Nº 301, porque no se ha citado a dos de los compradores, Próspero Castro y Ana Dolores Vanegas;

g).—Imposibilidad de estudiar la validez del contrato contenido en la escritura Nº 56, porque no se ha citado a dos de los compradores, Próspero Castro y Sebastián Velásquez;

h).—Imposibilidad de estudiar la validez del contrato contenido en la escritura Nº 113, porque no se ha citado al mandatario vendedor, Aristarco Villamil, o a sus herederos si éste falleció;

i).—Error al formular la demanda, porque el distrito de Tinjacá no ha debido pedir que los bienes le fueran restituídos a él, sino a la sucesión ilíquida de Victoria Sasa o Isaza, y

j).—No proceder las declaraciones sobre restitución de los bienes, por la imposibilidad de declarar la nulidad de los contratos.

No por el hecho de reconocer la corte que varios motivos del tribunal permanecen en pie, debe entenderse que ella prohija los no impugnados.

El recurrente alude a los artículos 757, 1013 y 1037 del código civil, no para citarlos como infringidos por la sentencia sino para decir que conforme a ellos los contratos de mandato fueron nulos por ilicitud en su objeto, y que por tanto una de las acciones promovidas por el actor fue la de nulidad absoluta de tales contratos. Todo para indicar que fue promovida la acción de nulidad como base de la reivindicatoria, distintas una y otra de la de petición de herencia.

Dice el recurrente que la acción reivindicatoria, efectivamente promovida, tiene por base el dominio del distrito de Tinjacá sobre los bienes ocupados por los reos, "en virtud de haberse dictado en su favor y como único heredero de Victoria Isaza el decreto de posesión efectiva de la herencia, decreto que constituye el título de dominio cuando se trata de un solo heredero, o mejor: de heredero único, conforme a los artículos 757 del código civil, 951, 953 y 968 del código judicial".

El distrito presentó como único título de dominio un auto del juez de Chiquinquirá, fechado el 8 de julio de 1921, en que tal funcionario, luégo de decir que "no es el municipio de Tinjacá, el único llamado a la herencia, como se pretende, sino que lo es también el lazareto respectivo", declara a dicho municipio y a dicho lazareto como he-

rederos de Victoria Isaza de Páez, sin perjuicio de terceros.

El juez tuvo en cuenta lo prescrito por el artículo 27 de la ley 28 de 1903, que llama a la sucesión al lazareto del departamento a que pertenece el municipio heredero, señalándole la mitad del haber hereditario, en los casos en que conforme al artículo 85 de la ley 153 de 1887, el municipio de la vecindad del finado es llamado a heredarle. La corte llama la atención sobre este punto, sin detenerse a decir, porque no procede al caso, si aquel precepto de la ley 28 está vigente.

Ese auto del 8 de julio de 1921, que no dio la posesión efectiva de la herencia, fue el único equipo con que el actor se presentó a pedir la nulidad de los contratos y la restitución de los bienes que dijo pertenecían a la sucesión de Victoria Isaza de Páez.

Obtuvo en el curso del juicio, casi un año después de promovida su demanda, que el juez de Chiquinquirá decretase a su favor la posesión efectiva de la herencia, por auto fechado el 15 de marzo de 1932. Aunque según el artículo 968 del código judicial, si no hay más que un solo heredero, a éste le basta, para disponer de los bienes hereniales, el decreto de posesión efectiva de la herencia, es claro que dicho decreto no suple la falta de títulos, y claro también que a este juicio no se ha traído la prueba de que la causante fuese dueña de los bienes que pretende reivindicar el distrito. No estando hechas ni la liquidación ni adjudicación de la herencia, el sedicente heredero único estaba en imposibilidad de demandar para sí la restitución de bienes que él mismo señala como pertenecientes a la sucesión.

El decreto de posesión efectiva no es otra cosa, dice la comisión redactora del código judicial, que un auto destinado a ser inscrito, para que cancele los registros hechos en favor del de cujus, a intento de que no subsistan con el peligro de que cualquiera persona, tomando su nombre, disponga de los bienes herenciales o los grave, y para que confiera a los herederos, conjuntamente, facultades dispositivas respecto de los mismos bienes.

A lo dicho por los abogados redactores agrega la corte que el decreto de posesión no otorga la calidad de heredero, ni suple la falta de títulos, ni excluye de la herencia a quienes se presenten más tarde con la prueba necesaria para que se extienda también a su favor dicho decreto; pero sí sirve, por excepción, de justo título al heredero putativo para que sea considerado como poseedor regular, como se desprende de los artículos 766, inciso último, y 1326 del código civil.

Dice el recurrente que se abstiene de glosar los argumentos del tribunal relativos a la nulidad del mandato y de las otras convenciones, porque lo estima innecesario una vez comprobada la infracción del artículo 1321, y porque además el tribunal reconoce la inexistencia del poder.

A lo cual observa la corte que cuando un fallo descansa sobre varias columnas, no es suficiente derribar una sola para que él se derrumbe si otra u otras bastan para sustentarlo, y además que el tribunal no ha afirmado la inexistencia del mandato sino la falta de su prueba por irregularidad en el registro.

Es claro que si la acción reivindicatoria fue promovida como consecuencia de la sobre nulidad de los contratos (art. 1748 del C. C.), no declarada esa nulidad es improcedente la restitución de los bienes. Nada vale, pues, la observación que sobre este punto hace el recurrente, cuando afirma que no existiendo legalmente el mandato puede ordenarse la restitución aunque no se declaren nulos ese mandato y los demás contratos.

Como subsiste la observación hecha por el tribunal, de que el distrito no ha comprobado su dominio en los bienes, es inadmisible el motivo de casación consistente en que fueron violados los artículos 946, 947, 949, 950, 961, 962 y 964 del código civil, sin que en contrario pueda alegarse, como lo hace el recurrente, que al actor le bastaba comprobar la posesión efectiva de la herencia como único heredero habilitado para disponer de los bienes, frente a demandados que alegan como título la condición de causahabientes de la misma Isaza de Páez.

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.
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, Srio. int.

REIVINDICACION—PRUEBA DE LA PROPIEDAD EN LOS JUICIOS DE REIVINDICACION

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

(Magistrado ponente: Dr. Eduardo Zuleta Angel)

I

Antecedentes

1º Por escritura pública número 616, de 9 de octubre de 1925, otorgada en la notaría 1ª de Buga, Antonio Crespo le vendió a Rafael Burgos, por la suma de $ 326, un lote de terreno de sesenta y cinco fanegadas 614 varas cuadradas, ubicado en el distrito de San Pedro y alinderado: Por el norte, oriente y occidente, con terrenos adjudicados a la señora Carmen Rivera vda. de Sanclemente, y por el sur con el límite sur del globo de tierras denominado "Todosantos" y "El huérfano".

2º En ese mismo instrumento manifestó el vendedor que el referido lote le había sido adjudicado en el juicio de división de las tierras llamadas "Todosantos" y "El huérfano" al presbítero Hilario Antonio de Arce, quien falleció dejando como única heredera a su sobrina Matilde Rivera de Arce, "madre legítima del otorgante y esposa del señor Antonio Crespo, padre del otorgante, quien en representación de su legítima mujer tomó posesión de dicho lote de terreno inmediatamente después de la división". Advirtió asimismo el vendedor que, al fallecimiento de sus padres, él siguió en su calidad de heredero "poseyendo dicho lote de terreno y ejerciendo actos de dominio sin que persona ni entidad alguna le haya interrumpido la quieta y pacífica posesión que han tenido tanto sus padres como él en el mencionado lote de terreno".

3º La expresada escritura aparece registrada con fecha 23 de octubre de 1925, en el Libro 1º de la oficina de registro de instrumentos públicos y privados de Buga.

4º Desde la fecha de ese registro el comprador Rafael Burgos entró en "posesión real y material del predio, ejecutando los actos consiguientes de señor y dueño por medio de los trabajos de desmontar y limpiar el terreno, sembrando pastos, plantas agrícolas, construyendo casa de habitación, criadero de ganados, encerrando la posesión por medio de cercas de alambre y lata de guadua", según aparece de las afirmaciones hechas por Rafael Burgos en la demanda, de que después se hablará, formulada por dicho señor ante el juez del circuito de Buga el 18 de noviembre de 1929, afirmaciones que Pedro Antono Valverde, entonces demandado, consideró exactas y ajustadas a la realidad.

5º Posteriormente, el día 30 de octubre de 1925, al practicarse la diligencia de inventarios en el juicio de sucesión de Francisca Antonia Cáceres de Valverde, el señor Pedro A. Valverde denunció como de propiedad de la causante '65 fanegadas 614 varas, situadas en la quebrada de El Arenal, en 'Todosantos', jurisdicción del distrito de San Pedro, frente a Betania, terreno que pertenece a la causante, como hija de Felipa Jaramillo, alinderadas así, norte, este y oeste con adjudicación a la señora Carmen Rivera de S., y sur con el límite sur del terreno.

6º Algunos días después, el 25 de noviembre de 1925, se inventariaron y se hicieron avaluar las 65 fanegadas 614 varas cuadradas de terreno denunciadas por Pedro Antonio Valverde, según lo que acaba de explicarse. Es de advertir que en el acta respectiva se dejó constancia de que "dentro del terreno hay una mejora del señor Rafael Burgos".

7º Más tarde, en ese mismo juicio de sucesión, el terreno así inventariado le fue adjudicado a Pedro Antonio Valverde, en virtud de la participación aprobada por el juez 1º del circuito de Buga el 14 de septiembre de 1927, en sentencia que se registró el 1º de octubre del mismo año.

8º Verificada la mencionada partición y registrada la sentencia que la aprobó, el juez municipal de San Pedro, por comisión, "le hizo entrega real y material" al señor Pedro Antonio Valverde, del terreno inventariado en la mortuoria de Francisca Antonia Cáceres.

9º Debido a eso, Rafael Burgos, que, como ya se dijo, le había comprado, por escritura debidamente registrada, otorgada el 9 de octubre de 1925, a Antonio Crespo, el mismo terreno, promovió juicio ordinario ante el juez del circuito de Buga contra Pedro Antonio Valverde para que se declarara que el aludido terreno era de propiedad de Burgos y no de Valverde, por lo cual éste debía ser obligado a restituir "la posesión del predio", de la cual el demandante "fue privado el día 18 de marzo de 1928".

10º Ese juicio fue fallado a favor de Rafael Burgos por el juez 1º del circuito de

Buga, en sentencia de 17 de abril de 1931, que confirmó el Tribunal Superior y en la cual aparece que Burgos logró probar entonces "que el inmueble del cual se dio posesión a Valverde es el mismo que él (Burgos) compró a don Antonio Crespo Rivera y del cual estuvo en posesión tanto él como sus antecesores".

11º Pero aconteció que aun cuando Pedro Antonio Valverde manifestó, al contestar la demanda, ser el poseedor del terreno que pretendía Burgos reivindicar, por lo cual se entendió con él el juicio, a la fecha de la contestación ya le había vendido, a Antonio José Valverde 48 plazas 796 varas cuadradas, y a Gabriela Izquierdo 16 plazas 614 varas cuadradas, que fueron adquiridas posteriormente, en virtud de permuta, por Abel Betancur.

12º Antonio José Valverde y Abel Betancur, fundándose ahora en que adquirieron los derechos de Pedro A. Valverde y en que no los afecta la sentencia a favor de Burgos dictada en el juicio de éste contra Pedro Antonio Valverde, han promovido el presente juicio, en que aparecen como demandados Antonio Crespo Rivera y Rafael Burgos, para que se declare que la venta de aquél a éste fue de cosa ajena "y que las 65 fanegadas 674 varas cuadradas, materia de esa venta...., pertenecen o es de propiedad (sic), de los demandantes Antonio José Valverde y Abel Betancur, por legítimas adquisiciones".

13º De esa suerte quedaron enfrentados en el presente litigio —que en realidad es un juicio de reivindicación puro y simple contra Rafael Burgos, aunque la demanda, pésimamente formulada, exprese de otro modo súplicas que serían inconducentes e inoperantes, si no se interpretaran como acción de reivindicación— de un lado, Antonio José Valverde y Abel Betancur, que aducen en su favor la adjudicación que se le hizo a Pedro Antonio Valverde en el juicio de sucesión de Francisca Antonia Cáceres de Valverde en virtud de la partición aprobada el 14 de septiembre de 1927, sin que se sepa siquiera por qué se inventarió en esa sucesión el terreno, y del otro lado Rafael Burgos —pues la demanda contra Antonio Crespo carece de sentido en un juicio tendiente a reivindicar un terreno que se afirma fue vendido por él y del cual él no está en posesión— quien presenta, en su defensa, la escritura que le hizo Crespo con fecha 9 de octubre de 1925, que se halla debidamente registrada, y además las constancias ya aludidas sobre posesión material e inscrita del mismo terreno desde esa fecha hasta marzo de 1928, y fuera de eso, la sentencia dictada en el juicio que él promovió contra Pedro Antonio Valverde.

II

Recurso

Contra la sentencia de segunda instancia, que confirmó la de primera, por la cual fueron absueltos los demandados de todos los cargos de la demanda, interpusieron recurso de casación Antonio José Valverde y Abel Betancur, por medio de apoderado, que formuló en oportunidad contra el fallo del tribunal los siguientes cargos:

a) Error de hecho al afirmar el tribunal que los demandantes sólo fundan su derecho en la hijuela de adjudicación obtenida por Pedro Antonio Valverde en la sucesión de Francisca Antonia Cáceres.

b) Error de derecho en cuanto el tribunal consideró que había cosa juzgada en virtud de la sentencia ya citada, de 17 de abril de 1931, dictada en el juicio de Burgos contra Pedro Antonio Valverde.

c) Error de hecho al considerar el fallador que la demanda de Rafael Burgos contra Pedro Valverde se refiere al mismo terreno que el que es materia de la demanda de Antonio José Valverde y Abel Betancur contra Antonio Crespo y Rafael Burgos.

d) Mala apreciación o falta de apreciación de la prueba que resulta del testamento del presbítero Arce y demás documentos que constan en los folios 66 a 70 del cuaderno principal.

e) Error de derecho al apreciar la prueba resultante de la sentencia proferida en el juicio ordinario de Burgos contra Valverde por cuanto se dio a esa providencia el carácter de cosa juzgada.

El recurrente estima que como consecuencia del error de hecho a que se refiere la letra a), se violaron los artículos 678, 740, 741, 745 y 762 y concordantes del Código Civil, 601 y concordantes del Código Judicial; que como consecuencia del error de derecho a que se refiere la letra b), se violaron los artículos 1857, 1871, 1874 y concordantes del C. C.; 846 del C. J. anterior y sus concordantes del mismo código y del C. J. vigente; que como consecuencia del error de hecho a que se refiere la letra c), el fallador violó los artículos 1495, 1502 y concordantes del C. C.; que al apreciar mal o dejar de apreciar las pruebas a que se refiere la letra d), violó los artículos 1757 y siguientes del C. C. y 597 y concordantes del C. J., y, finalmente, que por el error de derecho a que se refiere la letra e) se violaron los artículos 846 y 847 del

Código Judicial vigente cuando se siguió el juicio.

III

Examen de los cargos

Respecto del primero de los cargos formulados contra la sentencia, la Corte considera:

El tribunal no incurrió en error de hecho al afirmar que "los demandantes sólo fundan su derecho en la hijuela de adjudicación del señor Pedro Antonio Valverde en el juicio de sucesión de Francisca Antonia Cáceres de Valverde, que aparece protocolizada por escritura 966, de 3 de octubre de 1927...."

En realidad los demandantes sólo lograron probar que el inmueble de que se viene hablando le fue adjudicado a Pedro A. Valverde en el juicio de sucesión de su señora madre.

En ninguna forma lograron ni ensayaron siquiera establecer que doña Francisca Antonia hubiera sido dueña o siquiera poseedora de él.

Considera el recurrente que el tribunal ha debido tener en cuenta que "esa hijuela es el resultado de un juicio de sucesión en que se ha inventariado el bien de que ella trata como de propiedad de la mortuoria".

Es obvio que el tribunal no dejó ni podía dejar de tener en cuenta que si en la hijuela aparecía adjudicado a Valverde el terreno era porque había sido éste inventariado en el juicio de sucesión. Lo que el tribunal no hizo, ni podía hacer, fue darle al hecho mismo de que el terreno se hubiera inventariado las inadmisibles consecuencias jurídicas que el recurrente pretende.

El terreno se inventarió en el juicio de sucesión de Francisca Antonia Cáceres con posterioridad a la fecha de la escritura de venta de Antonio Crespo a Rafael Burgos; con posterioridad también al día en que Burgos entró en posesión del inmueble, como se desprende de la misma diligencia de inventarios, y en ninguna forma se justificó ni se intentó justificar la inclusión del terreno entre los bienes de la mortuoria de la señora Cáceres de Valverde. El heredero se limitó a decir que el terreno le pertenecía a la causante como hija de Felipa Jaramillo, pero ni se ensayó siquiera demostrar que Felipa Jaramillo había sido dueña del terreno y que la causante era hija de Felipa Jaramillo. En esas condiciones mal podría el Tribunal, como lo pretende el recurrente, considerar que la diligencia de inventarios constituye una prueba del pretendido dominio de Valverde distinta de la hijuela o un antecedente que le dé a la hijuela un valor jurídico distinto del que en sí y por sí tenga toda hijuela formada en una partición verificada dentro de un juicio de sucesión.

Agrega el recurrente que también ha debido tener en cuenta el Tribunal que el bien se hallaba en posesión de la mortuoria y que al adjudicatario se le hizo sin oposición de nadie entrega de lo adjudicado.

Pero es el caso que no está probado que los herederos o la mortuoria o la causante hubieran estado en posesión del inmueble en alguna época anterior a la en que se le hizo a Valverde entrega del terreno como consecuencia de la adjudicación.

Por el contrario: de la diligencia de inventarios; de la sentencia de 17 de abril de 1931 dictada en el juicio de Burgos contra Valverde; del modo como quedó trabada en ese juicio la relación jurídico-procesal, al afirmar Burgos que estaba y había estado en posesión del terreno desde el 9 de octubre de 1925 y al declarar Valverde que eso era cierto y exacto; de la circunstancia de que en el presente juicio ninguno de los demandantes se ha atrevido a negar o desconocer o discutir ese hecho reconocido por el antecesor de ellos en el derecho que alegan, y, finalmente, de la circunstancia de que a favor de Burgos aparece hecha una inscripción en el libro de registro anterior a cualquier otra inscripción en favor de los demandantes o de sus antecesores en el pretendido derecho de propiedad; de todo eso, se deduce que no solamente no se ha probado posesión operante por parte de los demandantes o de los herederos de la Cáceres, o de la mortuoria, como dice el recurrente, o de la causante, sino que aparece establecida una posesión del demandado, que por sí sola sería suficiente para ponerlo a cubierto de las pretensiones de los demandantes.

Es cierto que mucho después de haberlo comprado Burgos a Crespo, y después de que Burgos había estado varios años en posesión material e inscrita del inmueble referido, un juez comisionado le hizo entrega material a Pedro Antonio Valverde del inmueble poseído por Burgos, como consecuencia de la adjudicación que a Valverde se le había hecho en el juicio de sucesión de la Cáceres. Pero es claro que tal diligencia nada le agrega, desde el punto de vista de la prueba del dominio, a la hijuela que el Tribunal consideró como único fundamento aducido por los demandantes para respaldar sus pretensiones. Es obvio también que tal

diligencia en ninguna forma podía afectar o menoscabar los derechos de Burgos ni desvirtuar las consecuencias que en su favor se derivan de la posesión material e inscrita a que ya se aludió y del título adquisitivo consistente en la escritura pública 616 de 9 de octubre de 1925.

Respecto del segundo y del quinto de los cargos, la Corte considera:

Es cierto que el Tribunal dijo que la sentencia de 17 de abril de 1931 dictada por el Juzgado 1º de Buga en el juicio promovido por Rafael Burgos contra Pedro Antonio Valverde "tiene fuerza de cosa juzgada y contra ella no se ha demostrado decreto de nulidad alguna".

Pero sea cual fuere el valor jurídico de esa apreciación, sea ella o no inexacta, es incuestionable que el error o equivocación en que hubiera podido incurrir el Tribunal al respecto ninguna incidencia tendría sobre la parte resolutiva del fallo, porque independientemente de esa argumentación de carácter adicional el fallo se sustenta suficientemente sobre el argumento básico y fundamental de que los demandantes no presentaron en apoyo de sus pretensiones más que la hijuela ya referida obtenida por Pedro Antonio Valverde en el juicio de sucesión de Francisca Antonia Cáceres, juicio en el cual, inclusive los inventarios son posteriores tanto al título fundamental invocado por los demandados Antonio Crespo y Rafael Burgos (escritura 616 de 9 de octubre de 1925) como a la posesión de éstos.

Respecto al tercero de los cargos hechos por el recurente, la Corte considera:

Suponiendo que el Tribunal hubiera incurrido en error de hecho al considerar que la demanda de Rafael Burgos contra Pedro Antonio Valverde se refiere al mismo terreno que el que es materia de la demanda de Antonio José Valverde y Abel Betancur contra Antonio Crespo y Rafael Burgos, ninguna incidencia tendría ese error sobre la parte resolutiva del fallo por lo ya dicho a propósito de la cosa juzgada.

En cuanto al cuarto cargo, la Corte se limita a observar que aunque fuera cierto que el Tribunal apreció mal o dejó de apreciar "la prueba que resulta del testamento del presbítero Arce y demás documentos que constan en los folios 66 a 70 del cuaderno principal" — que no se refieren a derechos de Valverde sino a pretendidas o supuestas lagunas en la cadena de títulos de Crespo, quien le vendió a Burgos—, no habría razón para infirmar el fallo, porque independientemente de todas esas probanzas el Tribunal tenía que llegar a la conclusión a que llegó con sólo considerar que en favor de los demandados aparece el hecho de la posesión de ellos anterior al juicio de sucesión de Francisca Antonia Cáceres y la escritura pública número 616 de 9 de octubre de 1925 anterior no sólo a la hijuela invocada por los demandantes sino también a los inventarios en que se hizo figurar el terreno, a tiempo que los actores, a quienes tocaba probar su dominio, no aducen en pro de sus pretensiones otra cosa que la referida hijuela de adjudicación de Pedro Antonio Valverde en el juicio de sucesión de Francisca Antonia Cáceres de Valverde que aparece protocolizada por escritura número 968 de 3 de octubre de 1927. No se concibe cómo con esa sola prueba puedan pretender los demandantes vencer en un juicio reivindicatorio a quienes han comprobado una posesión anterior a esa hijuela y presentado un título traslaticio de dominio también anterior, debidamente registrado.

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, resuelve que no es el caso de infirmar, y por ello no infirma, la sentencia dictada en este juicio por el Tribunal Superior de Buga, con fecha 25 de febrero de 1936.

Costas a cargo del recurrente.

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

Antonio Rocha, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J., Juan Francisco Mújica, Eduardo Zuleta Ángel, Emilio Prieto Hernández, Srio. int.

SIMULACION DE CONTRATOS

En términos generales el simulacro de convención, cuyos efectos se destruyen o modifican ocultamente, no anula el pacto secreto. Negocio simulado es el que tiene aspecto contrario a la realidad, o porque no existe en absoluto, o porque es distinto de como aparece. Lo caracteriza una divergencia intencional entre la declaración y el querer. Supone el nacimiento simultáneo de dos actos, uno visible y otro invisible. El privado suprime, adiciona, altera, modifica o desvía los efectos del público, y en el lenguaje de la corte se llama CONTRAESTIPULACION. Puede ser verbal o escrito. La declaración ostensible, deliberadamente inconforme con el concurso real de las voluntades, va dirigida a producir en los demás una falsa figura del convenio. Implica siempre el ánimo de engañar; no siempre el de dañar. De suyo el acto secreto no es nulo. Una persona capaz, movida por causa justa, puede obligarse ocultamente a otra, desde que su consentimiento no adolezca de vicio y recaiga sobre objeto lícito. Lo que puede hacerse en público puede también efectuarse en privado, aunque el contrato secreto tenga como envoltura uno ficticio. Cumplidos los requisitos necesarios a toda declaración válida de voluntad, faltaría por inquirir si se ha omitido alguno de los que las leyes prescriben para el valor de ciertos negocios en consideración a su naturaleza. Si también éstos se han llenado aunque sea prestándole el ostensible sus formalidades al oculto, no puede negarse la validez del último. Cuando faltan capacidad, o perfecto conocimiento, o causa u objetos lícitos, o las solemnidades a que el acto o contrato verdadero esté subordinado según su naturaleza, se afectan lo visible y lo invisible, pero no por el hecho mismo de la simulación sino por la existencia del mismo. La simulación ofrece cuatro grados: de esencia, de naturaleza, de accidente y de interposición. La simulación MATERIAL, con motivo y fines honestos o no ilícitos, sin ánimo fraudulento, sobre objeto lícito y sin daño de terceros, hecha por persona capaz y con observancia de los requisitos formales, no es causa de nulidad. La simulación MATERIAL se diferencia del fraude a la ley, del dolo, del error, de la reserva mental y de los medios desviados. No hay simulación cuando se modifican, adicionan, alteran o desvían convenciones ANTERIORES realmente celebradas. Tampoco se la debe confundir con los motivos de rescisión por enorme engaño.

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

(Magistrado ponente, Dr. Miguel Moreno Jaramillo)

CAPITULO I

José María Vivas y Mercedes Lazo de Vivas, cónyuges entre sí, demandaron en nombre de la sucesión de Samuel Lazo T., de quien es heredera la mencionada señora, a Joaquín Lazo T., Jorge Alberto Vivas L., Teodomiro Calderón Domínguez, José Lemos, Lisímaco Lemos, Ana María Lemos, Ernesto Holguín y Henry Holguín, para que se hicieran estas declaraciones:

Primera.—El contrato de compraventa que se hizo constar en la escritura N° 206, de 4 de septiembre de 1916, por el cual Samuel Lazo T. dijo vender a Joaquín Lazo T. todo cuanto tenía en la hacienda de "La Josepilla", no es un contrato real y verdadero sino ficticio o simulado, carente de causa real y lícita, a lo que se agrega que ni Samuel tuvo la intención de transmitir el dominio ni Joaquín la de adquirirlo.

Segunda.—El contrato de compraventa que se hizo constar en la escritura N° 258, de 18 de octubre de 1916, por el cual Joaquín Lazo T. dijo vender a Jorge Alberto Vivas L. todos los derechos que sobre la hacienda de "La Josepilla" había comprado a Samuel Lazo T., adolece de las mismas irregularidades a que se refiere la declaración anterior.

Tercera.—El contrato de compraventa que se hizo constar en la escritura N° 37, de 6 de febrero de 1917, contrato en virtud del cual Jorge Alberto Vivas L. dijo vender a Joaquín Lazo T. todos los derechos que sobre la hacienda de "La Josepilla" había comprado a éste, adolece de las mismas irregularidades a que se refieren las declaraciones anteriores.

Cuarta.—El contrato de compraventa que se hizo constar en la escritura N° 106, de 8 de febrero de 1918, contrato por medio del cual Joaquín Lazo T. dijo vender a Teodomiro Calderón Domínguez todos los derechos que adquirió en la hacienda de "La Josepilla" por compra a Jorge Alberto Vivas L., adolece de las mismas irregularidades a que se refieren las declaraciones anteriores y está viciado de dolo.

Quinta.—Son nulos absolutamente los mencionados contratos.

Sexta.—Esos contratos simulados son nulos y no tienen ni han tenido nunca valor jurídico ni existencia legal, ya por ser fingidos y carecer de causa real y lícita, ya por faltar en ellos las solemnidades externas necesarias a su celebración, ya porque no hubo por parte de los supuestos vendedores la intención de vender ni por parte de los supuestos compradores la intención de com-

prar, ya porque faltó precio justificativo de tales ventas.

Séptima.—No tienen valor las escrituras en donde constan esos cuatro contratos.

Octava.—No ha salido del dominio ni de la posesión de Samuel Lazo T., y actualmente pertenece a la masa hereditaria de su sucesión, la mitad de la hacienda de "La Josepilla", ubicada en jurisdicción de Palmira, fundada en los terrenos indivisos de "Pomar", "La Burrera" o "Hato de Mora", "Quesera o Salguera", e incluyendo la parte del terreno dividido del globo conocido con el nombre de "Cabuyal", hacienda compuesta de casas de habitación, de enramadas para trapiche y galpón, plantaciones de caña, potreros de pasto de guinea y pará, dehesas, guaduales, montes y cercas de alambre, lo mismo que de derechos territoriales en los expresados terrenos comunes de "Pomar", "La Burrera" o "Hato de Mora", "Quesera o Salguera".

Novena.—No tiene valor ni efecto la venta hecha por Teodomiro Calderón Domínguez a José Lemos, constante en escritura Nº 691, de 24 de noviembre de 1919, por referirse a la parte del terreno dividido del "Cabuyal", que pertenece a la sucesión de Samuel Lazo T.

Décima.—No tiene valor la venta hecha por José y Lisímaco Lemos a Ana María Lemos, según escritura Nº 409, de 27 de agosto de 1924, en la parte en que se trató de transmitir la porción que en el terreno dividido del "Cabuyal" pertenece a la sucesión de Samuel Lazo T.

Undécima.—No tiene valor la venta que pretendió hacer Ana María Lemos a Ernesto Holguín y Henry Holguín, por escritura Nº 463, de 13 de octubre de 1924, en la parte en que se quiso transmitir la porción del terreno dividido del "Cabuyal", que pertenece a la sucesión de Samuel Lazo T.

Duodécima.—Teodomiro Calderón Domínguez, Ernesto Holguín y Henry Holguín están obligados a entregar a la sucesión de Samuel Lazo T. la mitad de la hacienda de "La Josepilla", incluyendo la parte del terreno del "Cabuyal".

Décimatercera.—Los mismos Calderón Domínguez y Holguines deben restituir a la sucesión de Samuel Lazo T., tanto la mitad de "La Josepilla" como la porción del terreno del "Cabuyal", completamente libres de todo gravamen y con inclusión de sus accesorios, mejoras y anexidades.

Décimacuarta.—Calderón Domínguez y los Holguines deben ser condenados como poseedores de mala fe.

Décimaquinta.—Los demandados deben pagar las costas del juicio.

CAPITULO II

Joaquín Lazo T. propuso en memorial fechado el 19 de junio de 1926, demanda de reconvención para que se declarara que la sucesión de Samuel Lazo T. debe pagar al contrademandante:

$ 795.10, valor de honorarios médicos y de medicinas, funerales y entierro, ocasionados por la enfermedad y muerte de Samuel Lazo T.;

$ 10,311.37, valor de créditos contra Samuel Lazo T., pagados por el contrademandante, juntamente con sus intereses;

Los intereses convencionales estipulados en los pagarés respectivos, y el interés legal en los créditos en que no haya habido estipulación de intereses, y

Las costas.

CAPITULO III

Por sentencia fechada el 12 de mayo de 1932, el juzgado 1º del circuito de Palmira falló el juicio en estos términos:

Absolvió a los demandados de los cargos de la demanda principal;

Condenó a la sucesión de Samuel Lazo T. a pagar a Joaquín Lazo T. $ 4.970.19, total de los cargos comprobados, y la absolvió de los restantes;

Declaró no probadas las excepciones perentorias propuestas a la demanda de reconvención.

CAPITULO IV

Por sentencia fechada el 9 de abril de 1934, el tribunal de Cali resolvió lo siguiente:

Declaró nulos de nulidad absoluta, por falta de causa real y lícita, los contratos de compraventa contenidos en las escrituras números 206 de 4 de septiembre de 1916, 258 de 18 de octubre del mismo año, y 37 de 6 de febrero de 1917, otorgadas en la notaría 1ª de Palmira;

Se negó a declarar la nulidad de las susodichas escrituras públicas;

Se negó a decretar la restitución del inmueble sobre que versan los contratos mencionados, porque lo poseen terceras personas de buena fe;

Absolvió a la sucesión de todos los cargos que le fueron formulados en la contrademanda;

Absolvió a Calderón Domínguez, a los tres Lemos y a los dos Holguines de los cargos que se les hicieron, y

Declaró no probadas las excepciones perentorias propuestas por los demandados.

CAPITULO V

Los demandantes, Vivas y Lazo de Vivas, y el demandado, Joaquín Lazo T., interpusieron recurso de casación contra la sentencia del tribunal.

CAPITULO VI

El apoderado de Joaquín Lazo T. alegó estas causales:

a).—Dice que hay error de derecho en dar por probada la confesión extrajudicial de Samuel Lazo T. con las declaraciones de Hipólito Falla y Arcesio Cabal, porque no coincidiendo estos testigos en la circunstancia de tiempo, sus declaraciones no hacen plena prueba atendido el artículo 697 del código judicial. Por regla general la confesión extrajudicial no es prueba completa, sino únicamente indicio o fuente de presunción, y en todo caso debe estar plenamente probada. No puede acreditarse por otra presunción, cual es la de que se deduce del dicho de un solo testigo, o de varios que no coinciden en la circunstancia de tiempo (C. J. arts. 608, 666 y 696).

b).—Dice que hay error de hecho evidente en tomar lo aseverado por los testigos Banderas y Romero, quienes con algunas discrepancias aseveran que Joaquín Lazo T. ha manejado y usufructuado la hacienda "La Josepilla", como indicio de simulación del contrato de venta celebrado entre los hermanos Lazos, comoquiera que si algo probara ese hecho, de suyo equívoco entre condóminos, sería cabalmente lo contrario de la pretendida simulación, puesto que el comprador entró en la administración y disfrute de lo comprado. A esto cabe agregar que aun en vida del vendedor realizó el comprador actos de dueño, tales como la hipoteca que constituyó a favor de Jesús Lourido por la cantidad de $ 15,000.00.

c).—Analizando el apoderado de Joaquín Lazo T. las declaraciones de Julio Pizarro, Jesús Lourido y Temístocles Rengifo V., hace estas observaciones:

El dicho de Pizarro no probaría simulación, sino lesión en la venta a causa de lo reducido del precio. Es de observar que este testigo, en la contestación que como apoderado de los Holguines dio a la demanda principal, dijo que el contrato constante en la escritura N° 206 de 4 de septiembre de 1916, es perfectamente cierto y reúne todos los caracteres de la compraventa, y agregó que en el término probatorio quedaría comprobado que Joaquín Lazo T., tal vez por un sentimiento de fraternidad, pagó a su hermano Samuel el doble del precio de venta estipulado.

El concepto de Lourido se destruye por sí mismo, porque si Joaquín Lazo T. pudo hacer las operaciones de crédito a que se refiere el testigo, bien se ve por ellas que la incapacidad en que al decir del testigo se hallaba Lazo T. para pagar de contado el precio de la compraventa, es completamente imaginaria. Agrégase a ello que cuando se realizó el negocio entre los dos hermanos, el comprador era ya propietario territorial por la donación que les había hecho su padre, de la totalidad de "La Josepilla".

La declaración de Rengifo V. versa sobre instrucciones que le dio don Joaquín para que ofreciera a Mercedes Lazo de Vivas, en pago de sus derechos, el potrero denominado "Quesera", y sobre palabras que le oyó al mismo Lazo T. sobre los motivos y finalidades de la compraventa celebrada entre los dos hermanos.

Todos los tres testigos, anota el apoderado de Joaquín, conceptúan que el contrato fue simulado, pero fundamentan esta inferencia en motivos distintos. En realidad declaran sobre hechos diferentes. Y como los indicios no pueden probarse por otros indicios, o por simples presunciones, hay error de derecho en estimarlos como prueba de tales hechos, ya se tomen aisladamente o en su conjunto (C. J. arts. 666 y 696).

ch).—Dice que se comete error de derecho en estimar la declaración de Rengifo V., en cuanto a instrucciones confidenciales que recibiera, y ello porque la ley no quiere se haga declarar al abogado acerca de las instrucciones que reciba de sus clientes (art. 674 del C. J.).

d).—Dice que del certificado expedido por el personero municipal de Palmira nada puede inferirse contra la efectividad del contrato, y el tribunal incurre en error de hecho evidente al estimarlo como prueba a ese respecto.

e).—Dice que si se consulta no el tenor literal del acto sino lo que es sustancial en la compraventa, puede muy bien sostenerse que en el presente caso las partes regularon el precio, estimando en $ 8.000.00 el monto de las erogaciones que el comprador debía hacer por cuenta del vendedor. Del hecho de que no se pagara el precio al con-

tado, no se deduce que no lo hubiese o que no se pagara. Semejante deducción implica un error de hecho manifiesto en la estimación de lo declarado por Lazo T. al absolver posiciones en segunda instancia, y a la vez un error de derecho en la interpretación o aplicación de la cláusula 7ª de la escritura de venta Nº 206 de 4 de septiembre de 1916, error que consiste en estar más a lo literal de las palabras que a la intención de los contratantes, con lo cual se violó el artículo 1618 del código civil.

f).—Dice que en el caso de la litis no está demostrada la falta de causa en el contrato, y al declararse en la sentencia la nulidad por falta de causa real y lícita, fueron violados, por indebida aplicación, los artículos 1502 y 1524 del código civil.

CAPITULO VII

El apoderado de los cónyuges Vivas y Lazo de Vivas alegó estas causales:

g).—Errores evidentes de hecho y de derecho, que llevaron al tribunal a no declarar la nulidad absoluta del contrato de compraventa a que se refiere la escritura Nº 106, de 8 de febrero de 1918, otorgada en la notaría 1ª de Cali, por medio de la cual Joaquín Lazo T. dijo vender a Teodomiro Calderón Domínguez; errores de hecho y de derecho que llevaron al fallador a violar los artículos 697, ley 105 de 1931 y 607 del C. J., según los cuales dos testigos hábiles que concuerdan en el hecho y en sus circunstancias de modo, tiempo y lugar, forman plena prueba; los artículos 556 y 562 C. J., 604, 606 y 608, ley 105 de 1931, sobre la fuerza probatoria de la confesión judicial y extrajudicial; el artículo 1759 del C. C.; los artículos 662 y 665, ley 105 de 1931 y 590 del C. J., según los cuales cuando en número plural se hallen comprobados en el juicio indicios, graves, precisos y conexos entre sí forman plena prueba".

Funda este cargo en que el tribunal no tuvo en cuenta las declaraciones de los testigos Romeros, Banderas y Madriñán; ni la certificación expedida por el tesorero municipal de Palmira; ni las declaraciones de Bengifo V. y Jesús Lourido; ni el indicio resultante de la actitud de Lazo T. cuando fue demandada la rescisión de los contratos; ni la contestación dada por Calderón Domínguez al absolver la posición tercera.

Dice que también incurrió en error de derecho en la estimación de las declaraciones de Tenorio, Bryón, Fidalgo H., Madriñán, Sabala Lince y Lourido, con las cuales se demuestra que Calderón Domínguez carecía de medios pecuniarios para hacer la compra. Este indicio, agrega, "se halla corroborado por la escritura Nº 223 de 22 de mayo de 1919, otorgada en la notaría 1ª de Cali, según la cual el doctor Calderón Domínguez y don Joaquín Lazo T. se constituyen deudores de don Jesús Lourido por la suma de $ 7.385.00, en cuya apreciación el tribunal incurrió en un nuevo error evidente de hecho, por no haberla tenido en cuenta".

h).—Error evidente de hecho al dar el tribunal carácter de acción de nulidad a la acción reivindicatoria ejercitada en las peticiones 8ª, 9ª, 10ª, 11ª, 12ª y 13ª del libelo, con violación, a consecuencia de ese error, y también directamente, por no haberlos aplicado al caso, de los artículos 740, 752 y 946 del código civil.

En este segundo cargo acusa la sentencia en cuanto no hizo las declaraciones que contemplan los puntos 9º, 10º y 11º de la demanda.

i).—Error evidente de hecho al no tener en cuenta la nota de registro de la demanda y considerar a los señores Lemos y Holguín como poseedores de buena fe, con lo cual violó el tribunal por consecuencia de ese error y también directamente los artículos 768 y 2637 del código civil.

j).—Dice que en las peticiones 8ª a 13ª de la demanda se ejercitó una acción reivindicatoria sobre la mitad de la finca "La Josepilla" contra Calderón Domínguez, los Lemos y los Holguines; que en la parte motiva de la sentencia no se dice una palabra acerca de esta acción; que el tribunal se abstuvo de fallar sobre ella, por lo cual el fallo es incongruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes; que en los numerales 3º y 7º de la sentencia absolvió a los demandados, pero por un concepto distinto: en cuanto el tribunal consideró erradamente que las acciones ejercitadas en las peticiones 9ª, 10ª y 11ª eran de nulidad por simulación.

k).—Agrega que por no haber en la sentencia una sola palabra referente a la acción reivindicatoria, el sentenciador dejó de fallar lo que sí fue objeto de la controversia, y que los demandantes no han sostenido que carezcan de causa los contratos celebrados por los Lemos y los Holguines y por eso mal podían llevar al juicio ninguna prueba enderezada a ese fin.

CAPITULO VIII

La sentencia absuelve a la sucesión de Samuel Lazo T. de todos los cargos formulados en la demanda de reconvención.

El apoderado de Joaquín Lazo T. acusa en esta parte la sentencia por violación de disposiciones legales sustantivas, y se funda para ello en estos motivos:

l).—Dice que reconocida Mercedes Lazo de Vivas como heredera de Samuel Lazo T., debe ella responder de las obligaciones contraídas por el causante, sin perjuicio de la responsabilidad que corresponda a los demás herederos que hayan aceptado; que esa responsabilidad no está subordinada por principio legal alguno al procedimiento del juicio de sucesión, como erróneamente lo entiende el tribunal, y que es la vía judicial ordinaria, o la ejecutiva, según el caso, la indicada para que los acreedores del de cujus hagan efectivas sus acreencias.

m).—Dice que la sentencia absuelve a la sucesión de Samuel Lazo T. de los cargos de la contrademanda, porque para el tribunal la prueba de esos créditos sería su inclusión en el inventario. Error que entraña el desconocimiento de tales acreencias, comoquiera que absuelta la sucesión, mal podría el contrademandante exigir dicha inclusión.

n).—Dice que la sentencia viola principios fundamentales en materia de sucesión y particularmente el artículo 1155 del C. C.

ñ).—Dice que respecto del crédito a favor de Angelino Montoya, suscrito por los dos hermanos Lazos como deudores solidarios, y que lleva al respaldo la nota en que el acreedor declara habérsele pagado por Joaquín, son erradas las consideraciones para no estimar ese documento, sea que los Lazos se hubiesen obligado ambos como deudores principales, como lo expresa el pagaré, o que uno de ellos, Samuel, fuese deudor principal, y Joaquín su fiador solidario, como lo declara el acreedor. En este concepto la sentencia infringe directamete los artículos 1668, ordinal 3º, y 2395 del C. C.

CAPITULO IX

Hasta el año de 1935 vio la corte en la simulación una causa de nulidad absoluta, y dijo que al contrato aparente le faltan dos requisitos indispensables para valer como negocio jurídico: consentimiento y causa. Pero desde el 27 de julio de dicho año, por sentencia publicada en el Nº 1899 de GACETA JUDICIAL, cambió de rumbo afirmando que en términos generales el simulacro de convención, cuyos efectos se destruyen o modifican ocultamente, no anula el pacto secreto. La corte persevera en esta nueva doctrina y la ha ampliado en sentencias de 29 de agosto y 30 de septiembre últimos. Como a la luz de tan reciente jurisprudencia serán vistas las causales alegadas por ambos recurrentes, importa recordar sus bases en breve estudio preliminar, pues de no recordarlas pudiera resultar ilógico el presente fallo de casación.

Negocio simulado es el que tiene aspecto contrario a la realidad, o porque no existe en absoluto o porque es distinto de como aparece. Lo caracteriza una divergencia intencional entre la declaración y el querer. Supone el nacimiento simultáneo de dos actos, uno visible y otro invisible. El privado suprime, adiciona, altera, modifica o desvía los efectos del público, y en el lenguaje de la corte se llama contraestipulación. Puede ser verbal o escrito. La declaración ostensible, deliberadamente inconforme con el concurso real de las voluntades, va dirigida a producir en los demás una falsa figura del convenio. Implica siempre el ánimo de engañar; no siempre el de dañar. Aunque da a la mentira apariencia de verdad, puede ocurrir que no cause detrimento.

De suyo el acto secreto no es nulo. Una persona capaz, movida por causa justa, puede obligarse ocultamente a otra, desde que su consentimiento no adolezca de vicio y recaiga sobre objeto lícito. Lo que puede hacerse en público también puede efectuarse en privado, aunque el contrato secreto tenga como envoltura uno ficticio. Cumplidos los requisitos necesarios a toda declaración válida de voluntad, faltaría por inquirir si se ha omitido alguno de los que las leyes prescriben para el valor de ciertos negocios en consideración a su naturaleza. Si también éstos se han llenado aunque sea prestándole el ostensible sus formalidades al oculto, no puede negarse la validez del último.

Cuando faltan capacidad, o perfecto consentimiento, o causa u objeto lícitos, o las solemnidades a que el acto o contrato verdadero esté subordinado según su naturaleza, se afectan lo visible y lo invisible, pero no por el hecho mismo de la simulación sino por la existencia del vicio.

La simulación—que puede ser integral o parcial, de fin o de medio—ofrece cuatro grados:

De esencia, cuando el acto oculto destruye los efectos del ostensible o los trueca en los de otro contrato diferente.

De naturaleza, cuando el acto oculto suprime o modifica cosas subentendidas en el ostensible.

De accidente, cuando el acto oculto elimina del ostensible cosas que a éste se le agregaron por medio de cláusulas especiales, o cuando el privado agrega al público cláusulas accidentales o meramente enunciativas.

De interposición, cuando el acto oculto

cambia una persona por otra, debido a que en el ostensible figuró la substituída como testaferro.

Dentro de estos cuatro grados caben multitud de ejemplos:

1º.—Se supone celebrado un contrato que no existe en realidad (digo venderte mi casa y tú comprármela; pero ni tengo ánimo de enajenar ni tú de adquirir; convenimos privadamente en que ni me pagas el precio, ni me lo quedas debiendo, ni te consideras dueño de mi casa; por todo lo cual estás obligado a hacerme escritura de venta cuando yo te lo pida).

2º.—Se aparenta un contrato de naturaleza distinta a la del verdadero (digo venderte mi casa y tú comprármela; tengo el ánimo de enajenarla y tú el de adquirirla; pero te hago la tradición a título gratuito; he querido donártela).

3º.—Se fingen cláusulas inexistentes (te vendo mi casa con pacto de retroventa; pero quedo sin derecho a recobrarla).

4º.—Se ocultan cláusulas convenidas (te vendo mi casa, pura y simplemente, pero la venta quedará resuelta si en el transcurso de este año algún tercero mejora la compra).

5º.—Se desvirtúa una cláusula expresa (te vendo mi casa con pacto de retroventa; pero me reservo el derecho de recobrarla dentro del tiempo estipulado, sin reembolsarte el precio).

6º.—Se hace intervenir a una persona como simple testaferro (Pedro, te dono mi casa para que tú se la dones luégo a Juan.)

7º.—Se cambia la fecha del contrato (retracemos, Juan, la fecha de esta convención, para que no quede afectada por la retroactividad de la declaración de mi quiebra).

8º.—Se calla un modo (te vendo, Pedro, mi casa en un bajo precio; yo tengo el ánimo de enajenarla y tú el de adquirirla; la tendrás por tuya; pero tu adquisición beneficiosa no ascenderá sino a la mitad del inmueble; cuando yo haya fallecido, le harás escritura de la otra mitad a nuestro hermano Juan, de quien no recibirás precio alguno por tal enajenación).

Las anteriores normas bastan para demostrar que la simulación material,—con motivo y fines honestos o no ilícitos (sean plausibles o indiferentes), sin ánimo fraudulento, sobre objeto lícito y sin daño de terceros, hecha por persona capaz y con observancia de los requisitos formales—, no es causa de nulidad.

Y los ejemplos anteriores son suficientes para diferenciar la simulación material del fraude a la ley, del dolo, del error, de la reserva mental y de los medios desviados, así como para comprender que no hay simulación cuando se modifican, adicionan, alteran o desvían convenciones anteriores realmente celebradas. Tampoco se la debe confundir con los motivos de rescisión por enorme engaño.

Que la convención secreta sea válida entre las partes, resulta del artículo 1766 del código civil. Este precepto niega todo valor contra terceros a las escrituras privadas hechas por los contratantes para alterar lo pactado en escritura pública y se lo niega también a las contraescrituras públicas cuando no se ha tomado razón de su contenido al margen de la matriz cuyas disposiciones se alteran y de la copia en cuya virtud han obrado los terceros. Todo lo cual significa, en sana lógica, que entre quienes contratan y contra quienes contratan valen tales escrituras privadas y tales contraescrituras públicas. También han de valer las contraestipulaciones verbales, establecida su existencia conforme a los principios de prueba de que se hablará luégo.

Nótese que el artículo 1766 dice que las contraescrituras privadas o públicas no producirán efectos "contra terceros", mas no dice que dejarán de producirlos "respecto de terceros". Y está bien la preposición adversativa, porque los terceros tienen derecho a invocar el acto secreto o el acto público. Si están de buena fe, porque no han conocido ni debido conocer la simulación, es para ellos inoponible el acto simulado. Pueden escoger el partido más conforme con sus intereses. La buena fe les convierte en real una situación aparente creada por el acto público. Estas conclusiones, naturalmente desprendidas del artículo 1766, contribuyen a demostrar cómo se concilian tal artículo y el 1748. Si la nulidad judicialmente pronunciada da acción reivindicatoria contra terceros poseedores, sin perjuicio de las excepciones legales, la simulación judicialmente pronunciada no da acción contra terceros poseedores de buena fe que confiaron en la realidad del acto ostensible.

De los dos actos, el aparente y el oculto, aquél suele tener la calidad de simple hecho mientras que éste la tiene de negocio jurídico válido o nulo. Porque en el primero la voluntad es en lo general apenas declarada al paso que en el segundo hay concurso real de voluntades. A quien alega la simulación le corresponde desenvolver el acto secreto para que el juez lo analice en su fondo y en su forma y resuelva si es frustráneo total o parcialmente. Descorrido el acto ostensible queda el secreto, y a éste se subordinan las relaciones jurídicas. Cabalmente la acción de simulación consiste en

que prime el acto privado sobre el público, y la puede ejercitar todo el que tenga algún interés protegido por la ley: contratantes, causahabientes, acreedores, etc., etc. El código civil autoriza esta labor de desentrañamiento, porque da al contrato el carácter de ley para los contratantes y dispone que conocida claramente la intención de éstos debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras. La lucha del actor consiste en descorrer el velo para que puesto a la luz el contrato escondido se le analice en su fondo y en su forma, se vea si adolece de alguna nulidad y se le dé cumplimiento en lo que deba subsistir.

La acción es simplemente de prevalencia, a menos que, como se ha visto en algunos de los ejemplos (3º, 5º, 8º), para hacer efectivo el pacto secreto se necesite que sobreviva una parte del público, caso en el cual subsistirán el secreto en cuanto sea válido y el público en cuanto deba subsistir como base del secreto.

Generalmente las partes individualizan y puntualizan el acto ostensible pero no el oculto. Para conocer éste se apela a confesiones, indicios, principios de prueba por escrito, etc., etc. Si el público debió ser escrito, porque su cuantía excediera del mínimo legal ($ 500.00), las partes no pueden establecer el privado, salvo las excepciones a las restricciones de la prueba testimonial, sino con prueba escrita o de igual categoría que la escrita, o valiéndose de los medios previstos por la ley 153 de 1887. Los terceros sí pueden echar mano de todos los medios probatorios a que haya lugar.

CAPITULO X

La corte estudia las causales alegadas por el apoderado de Joaquín Lazo T., como quedaron resumidas en el capítulo VI del presente fallo.

Fueron acusados de nulidad los contratos de compraventa contenidos en las escrituras Nos. 206, 258, 37, 106, 691, 409 y 463.

El tribunal únicamente declaró la nulidad de los contratos a que se refieren las escrituras Nos. 206, 258 y 37.

El apoderado de Joaquín Lazo T. concreta en este punto su recurso a acusar de contraria a preceptos legales, por errores de hecho y de derecho en la apreciación de pruebas, aquella parte del fallo en que se declara nulo el contrato contenido en la escritura Nº 206, y prescinde de acusar la parte sobre anulación de los contratos a que se refieren las escrituras Nos. 258 y 37, porque considera que admitida la validez del primero carece de interés obtener el reconocimiento de que también valen los dos siguientes.

Por tanto, van a ser estudiadas las pruebas en que se apoyó el tribunal para declarar nulo el contrato de compraventa que se hizo constar en la escritura Nº 206.

El tribunal tuvo en cuenta:

1º.—Las palabras sobre simulación pronunciadas por Samuel Lazo T., de que dan cuenta los testigos Falla y Cabal, palabras que el tribunal califica de confesión extrajudicial.

2º.—Las circunstancias de que Joaquín Lazo T. ha manejado y usufructuado la hacienda de "La Josepilla" por su propia cuenta y sin intervención de otra persona, circunstancias comprobadas con los testimonios de Banderas y los dos Romeros.

3º.—El concepto de ser simulada la convención, emitido por el declarante Pizarro.

4º.—El mismo concepto, dado por el declarante Lourido.

5º.—Los antecedentes relatados por el testigo Rengifo V., quien dice haber recibido ciertas instrucciones y haber escuchado ciertas palabras, que en su sentir demuestran la simulación del contrato.

6º.—Una certificación expedida por el tesorero de Palmira, en donde consta que a partir de 1918 ha figurado el nombre de Joaquín Lazo T. como propietario de "La Josepilla", y que es este señor quien se ha entendido para el pago del impuesto predial sobre esa finca.

7º.—La respuesta dada por Joaquín Lazo T. a la tercera de las peticiones que le formularon los actores, de la cual aparece que él no pagó el precio del contrato ni antes del otorgamiento de la escritura de venta ni en el acto de ser ésta otorgada.

8º.—La demanda de reconvención, de la cual deduce el tribunal que Joaquín Lazo T. no considera real la compraventa de que se está hablando.

Se procede al análisis de los anteriores elementos probatorios:

Hipólito Falla depone a foja 50 del cuaderno Nº 4, haber oído pronunciar estas palabras a Samuel Lazo T., en momentos en que no había otra persona que lo escuchara: "A causa del mal estado de mi salud, he resuelto arreglar mis cosas y a este fin ya le otorgué escritura de venta ficticia o simulada a mi hermano Joaquín de la parte que me pertenece en "La Josepilla"; bien entendido que Joaquín está en la obligación de otorgarle escritura a mi hermana Mercedes de la parte que en la misma propiedad de "La Josepilla" corresponde a Mercedes". Samuel dijo al testigo que le comunicaba to-

do esto porque deseaba que lo supieran algunos amigos de confianza.

Arcesio Cabal atestigua a foja 51 del cuaderno Nº 4, que Samuel Lazo le dijo había hecho venta simulada a su hermano Joaquín de la parte que a aquél le correspondía en "La Josepilla", quedando éste obligado a hacerle escritura a su hermana Mercedes de la mitad de lo que le había traspasado, y que le hacía esta revelación al testigo "por lo que el tiempo ofreciera", según sus palabras textuales.

Estima el tribunal que con las aseveraciones de Falla y Cabal se establece una confesión extrajudicial de Samuel Lazo T. No lo cree así la corte. La confesión, judicial o extrajudicial, es la manifestación que una parte hace de ser cierto el hecho que le perjudica afirmado por la otra, según define el artículo 604 del código judicial, siguiendo en líneas generales lo que sobre este medio de prueba exponen los doctrinantes. Se dice que una parte confiesa cuando da testimonio contra sí de la verdad de un hecho jurídico que la otra parte alega como fundamento de su demanda o de su excepción. De estos principios se infiere que la confesión debe provenir de una parte y de una parte a quien su dicho perjudique. Ahora bien, Samuel Lazo T. no es parte contraria a la actora. El litigio se ha trabado entre Joaquín y Mercedes, heredera de Samuel. El dicho de éste, suponiéndolo probado, le sería favorable y no constituiría una confesión extrajudicial. Como las declaraciones sobre palabras no forman jamás pruebas sobre los hechos, pero sí sobre las palabras, conforme al artículo 699 del código judicial, las atribuídas a Samuel serían indicios si a un mismo tiempo las hubieran escuchado varios testigos. Pero como Falla y Cabal se refieren a dos momentos distintos, el testimonio de cada uno apenas forma una presunción, de acuerdo con el artículo 696 del código judicial. Y con estas dos presunciones no se puede establecer el hecho constitutivo del indicio, porque ese hecho debería estar probado plenamente, según lo manda el artículo 666 del código varias veces citado. Más todavía: la simulación modal, como aparece trazada en las palabras atribuídas al tradente, lejos de implicar falta de animus disponendi, supone tal animus, puesto que en ellas se expresa la voluntad de enajenar para que el adquirente conserve una parte de lo que se le trasmite y traspase otra parte a tercera persona. Si acaso éste fue el contrato oculto, su prevalencia exigiría que subsistiera el ostensible en cuanto fuese necesario para sustentar el secreto. No habría, pues, enajenación simulada, sino real, aunque lo contrario dijera el vendedor.

En consecuencia, deben descartarse, como confesión y como indicio, las palabras que Falla y Cabal atribuyen a Samuel.

Bernabé Romero declara a foja 13 vuelta del cuaderno Nº 4 que Joaquín Lazo T. ha administrado, manejado y usufructuado como cosa propia la hacienda de "La Josepilla", por un espacio de tiempo mayor de diez años, sin interrupción alguna y sin intervención de otras personas.

Isaías Banderas manifiesta a foja 14 del cuaderno Nº 4, que hace más de diez años administra Joaquín Lazo T. la hacienda de "La Josepilla", pero que no sabe si habrá recibido personalmente todos sus productos.

Efraím Romero explica a foja 14 vuelta del cuaderno Nº 4, que quien ha manejado, administrado y usufructuado íntegramente hace más de diez años, sin intervención de otros, la hacienda de "La Josepilla", es Joaquín Lazo T., aunque ignora si éste habrá recibido los productos de la mencionada hacienda.

El tribunal cita los testimonios de los dos Romeros y de Banderas, como dando a entender que establecen algún indicio de simulación. Y efectivamente lo establecen. Es cierto que prueban todo lo contrario de la simulación si se les refiere directamente al contrato Nº 206, celebrado entre Joaquín como comprador y Samuel como vendedor; pero si se les toma teniendo en cuenta que los testigos aluden a un período en que Joaquín había vendido a Vivas L., éste otra vez a Joaquín, éste a Calderón Domínguez, éste a José Lemos, éste a Ana María Lemos y ésta a los Holguines, se sigue el indicio de la capacidad moral para simular, a que el fallador debió de dar importancia.

Se acepta como indicio este hecho.

Julio Pizarro declara a foja 32 del cuaderno Nº 4, que le consta por propia y directa percepción y por el conocimiento personal y directo que tiene del asunto, que el contrato contenido en la escritura número 208 fue simulado, ya que ni Joaquín pagó ni Samuel recibió suma alguna como precio, y que en su concepto da en los ojos la simulación ante lo ínfimo de la cantidad que se hizo figurar en la escritura,, $ 8.000.00, cuando en concepto del testigo, conocedor de la finca, el valor de ésta en esa época era de $ 100.000.00.

La manifestación que el testigo hace, de constarle directa y personalmente ser simulado el contrato, no constituye prueba alguna, directa ni indirecta, personal ni real. Su apreciación sobre la vileza del precio no alcanza a un indicio, porque depone como tes-

tigo y no como perito. Y ya se observó que la acción rescisoria por enorme engaño es distinta de la de simulación.

El tribunal ha debido prescindir del testimonio de Pizarro.

Jesús Lourido declara a foja 32 vuelta del cuaderno Nº 4, que por el conocimiento directo y personal que tuvo de la situación pecuniaria de Joaquín Lazo T., afirma que éste estaba incapacitado para pagar al contado a Samuel Lazo T. $ 8.000.00 como precio de la mitad de "La Josepilla", por lo cual considera que el contrato fue simulado o de confianza. El testigo cita los antecedentes de haber intervenido en el contrato sobre mutuo que Joaquín celebró en 1917 como medio de obtener $ 15.000.00, y la confesión que le hizo Joaquín de ser deudor de plazo vencido de la casa de Giraldo & Garcés B., por una fuerte cantidad de dinero, que pagó con parte de lo que recibió en mutuo del declarante. Alude a otros antecedentes pero no dice en qué consisten.

El tribunal tenía derecho, según el artículo 696 del código de procedimiento, para dar a la declaración de Lourido el valor de una presunción. El objeto de esta presunción no es la simulación misma sino el hecho que el testigo señala como indicativo de la ficción: mal estado pecuniario de Joaquín. Y este hecho indicador debe probarse plenamente, conforme al artículo 666 del mismo código, lo cual no ha ocurrido aquí porque por muy grande que sea el valor que se le reconozca al dicho Lourido, no alcanza a ser plena prueba.

No puede la corte aceptar como probado el hecho indicador señalado por Lourido, de donde el tribunal sacó un indicio de simulación.

Temístocles Rengifo V. declara, en certificación jurada corriente al folio 72 del cuaderno Nº 4, que Joaquín Lazo T. comisionó al testigo para arreglar con el apoderado de los demandantes las diferencias originadas por la muerte de Samuel Lazo T., quien vendió a su hermano Joaquín sus derechos en la hacienda de "La Josepilla" y en los indivisos de Pomar, Burrera, Quesera y Salguera, y como los demandantes estimaron que tal venta era de confianza, reclamaron del comprador el derecho que a Mercedes le correspondía como heredera en los bienes vendidos, pretensión que no rechazó Joaquín, y comisionó al testigo para que arreglara el asunto dándole instrucciones precisas por carta fechada en mayo de 1917; que en esas instrucciones lo facultaba para ofrecer a Mercedes, en pago de sus derechos, el potrero denominado Quesera, oferta que no fue aceptada por el apoderado de los demandantes; que en su concepto la venta no fue real, pues de otro modo el comprador no habría tratado de pagarle a su hermana Mercedes el derecho que le reclamó, y porque le oyó decir al comprador que Samuel le había vendido sus bienes para que pagara sus deudas, y el resto se lo dividiera con su hermana Mercedes Lazo de Vivas, pues él, Samuel, no quería que ninguna otra persona tuviera parte en su herencia; que por lo expuesto cree que en el contrato no hubo pago del precio; y que el testigo intervino como apoderado de Teodomiro Calderón D. en la compraventa consignada en la escritura Nº 106, que no se hizo al contado y que respecto de este contrato, sabe, porque después de firmado se lo refirió así Joaquín, que es de confianza y que éste lo celebró para evitarse un pleito.

Si los hechos sobre que versa la declaración de Rengifo V. estuvieran comprobados, constituirían otros tantos indicios. Pero sobre la existencia de ellos no hay más prueba que la deposición del testigo, cuyo valor cuando más alcanza a una grave presunción, no suficiente para establecer los hechos en que descansarían los indicios, conforme a preceptos judiciales ya citados.

No pueden aceptarse como establecidos los hechos sobre que recae la declaración de Rengifo V.

El tesorero municipal de Palmira certifica, a foja 24 del cuaderno Nº 4, que la hacienda de "La Josepilla" ha figurado como de propiedad de Joaquín Lazo T., para los efectos del pago del impuesto; que éste es el que se ha entendido en lo referente a ese pago, y que es deudor de varias cantidades por tal concepto.

Esta certificación, fechada el 26 de septiembre de 1932, no demuestra de suyo que el contrato contenido en la escritura Nº 206 sea simulado, pero quizá puede fortificar el mismo indicio de la capacidad moral, de que se habló, aunque el nombre de Joaquín en el catastro y la intervención suya para el pago del impuesto podrían explicarse por su carácter de condueño.

Al absolver posiciones Joaquín Lazo T., a foja 4 del cuaderno Nº 3, contestó a la pregunta tercera:

"¿Es cierto que ni antes de ser otorgada por el señor Samuel Lazo T. la escritura Nº 206 de fecha 4 de septiembre de 1916, pasada por ante el notario 1º de este circuito de Palmira, ni en el acto del otorgamiento de tal escritura por medio de la cual su ex-

presado hermano Samuel Lazo T. trató de transmitir a usted la mitad que a él correspondía en la hacienda de 'La Josepilla', usted no le entregó a su dicho hermano Samuel Lazo T. cantidad alguna como precio de esa supuesta compraventa?"

"Contestó: Es cierto, y aclaro: El hecho de no haber entregado dinero a mi hermano antes del otorgamiento de la escritura ni en el acto de otorgarse ésta, no significa que no le haya pagado el precio en que le compré la mitad de 'La Josepilla', porque yo le pagué ese precio recogiendo algunos documentos de deudas que pesaban sobre él y suministrando las cantidades que se ofrecieron y gastaron antes y después de su enfermedad". Leída su respuesta, la aprobó. El hecho de que Joaquín no hubiera pagado a Samuel el precio de la compraventa ni antes ni de ésta ni al tiempo de su celebración, está probado con la confesión del primero. De eso no hay duda. Pero este hecho de suyo no constituye un indicio de que el contrato faltara causa real y lícita, o sea de que fuera simulado de acuerdo con la antigua doctrina.

La demanda de reconvención, corriente al folio 1º del cuaderno Nº 2, no constituye indicio alguno de simulación, porque es explicable que ante el riesgo de que la compraventa fuese declarada sin efecto por simulación, el reo contrademandara por el precio.

De lo expuesto se deduce que el tribunal, por error de hecho en la apreciación de las pruebas, juzgó establecida la simulación del contrato contenido en la escritura Nº 206, lo que lo llevó a violar los citados artículos sobre pruebas y los artículos 1502 y 1524 del código civil, por indebida aplicación de ellos al caso del pleito.

Suponiendo que los razonamientos del tribunal subsistieran a pesar del serio ataque que contra ellos formula el apoderado de Joaquín, se observa que a la luz de la nueva doctrina sobre simulación nada significan los elementos probatorios que el tribunal tuvo en cuenta para declarar la nulidad absoluta, por falta de causa real y lícita, ni otros elementos de que el tribunal no se ocupó, como las cartas corrientes a fojas 14 a 22 del cuaderno Nº 11, porque propuesta la demanda en nombre de la sucesión de Samuel Lazo T., es decir, en nombre de la parte vendedora, ha debido establecerse la simulación, o sea la existencia de un acto secreto al lado del acto ostensible, con prueba escrita o de igual categoría que la escrita, o valiéndose de los medios previstos por la ley 153 de 1887.

La corte fallará como juez de instancia diciendo que no es el caso de declarar la nulidad absoluta, por falta de causa real y lícita, del contrato de compraventa contenido en la escritura pública Nº 206 de 4 de septiembre de 1916, otorgada en la notaría 1ª del circuito de Palmira. Este fallo no inhibirá a Mercedes Lazo de Vivas personalmente, para demostrar en otro juicio, si fuere el caso, que al lado de la compraventa de la mitad de la hacienda de "La Josepilla", existió entre Samuel y Joaquín un acto secreto, favorable personalmente a Mercedes, cuyo cumplimiento supone la supervivencia del acto ostensible, en parte que sea. Si lo demostrare, podrá Mercedes obtener la efectividad de ese pacto privado, en cuanto sea válido según las reglas generales. Ofrecería entonces el caso de que un acto oculto, como se ha visto en algunos de los ejemplos del capítulo IX, suponga la supervivencia parcial del público. Para el evento de tener Mercedes, en su propio nombre, una acción de prevalencia, le interesa que el contrato contenido en la escritura Nº 206 no sea declarado nulo.

Para terminar este capítulo se hace constar que aun dando por probados los hechos aducidos por la sucesión demandante contra la validez del contrato celebrado entre Samuel y Joaquín, esos hechos no establecerían la simulación pretendida, sino que, por el contrario, demostrarían que el primero enajenó realmente al último para que éste transmitiera a otra persona parte de lo enajenado, y que por tanto sí hubo consentimiento y causa.

CAPITULO XI

La corte estudia las causales alegadas por el apoderado de los cónyuges Vivas y Lazo de Vivas, como quedaron resumidas en el capítulo VII del presente fallo.

El tribunal declaró la nulidad de los contratos a que se refieren las escrituras Nos. 206, 258 y 37, y se negó a declarar la de los contratos contenidos en las escrituras Nos. 106, 691, 409 y 463.

El apoderado de los cónyuves Vivas y Lazo de Vivas concreta en este punto su recurso a acusar de contraria a preceptos legales, por errores evidentes de hecho y de derecho en la apreciación de pruebas, aquella parte del fallo en que el tribunal se niega a declarar nulo el contrato de compraventa consignado en la escritura Nº 106,

de 8 de febrero de 1918, otorgada en la notaría 1ª de Cali, por medio de la cual Joaquín Lazo T. dijo vender a Teodomiro Calderón Domínguez.

El mandatario de los demandantes recurrentes no acusa la sentencia por haberse negado el tribunal a declarar la nulidad de las escrituras Nos. 691, 409 y 463.

Para negarse el tribunal a pronunciar la nulidad del contrato contenido en la escritura Nº 106, se funda en que la pobreza del comprador Calderón Domínguez, único hecho establecido con declaraciones de testigos, según el tribunal, no constituye un indicio de simulación digno de tomarse en cuenta.

El mandatario de los cónyuges recurrentes dice que se hallan acreditados plenamente estos indicios de simulación:

1º—Que tanto Joaquín Lazo como Calderón Domínguez tuvieron conocimiento de la demanda de rescisión entablada por Jorge Alberto Vivas L. contra Joaquín, y que éste se ocultó para que esa demanda no le fuera notificada sino después de haber traspasado simuladamente sus bienes a su cuñado Calderón Domínguez.

2º—Que Calderón Domínguez carece de bienes y es cuñado de Joaquín Lazo T.

3º—Que después de la compraventa, Lazo T. continuó disponiendo de la finca, administrándola y usufructuándola.

4º—Que la finca continuó figurando en la oficina de catastro como propiedad de Lazo T., quien ha pagado y a quien se le cobran impuestos sobre ella.

5º—Que Joaquín Lazo T. confesó a Lourido y a Rengifo que ese contrato era simulado.

Por lo demás, agrega el mandatario de los cónyuges recurrentes, "hay algunas consideraciones de orden moral que robustecen los indicios estudiados para demostrar la simulación del contrato. La correspondencia firmada y reconocida por el señor Lazo T., las ofertas que hacía a la señora Mercedes Lazo de Vivas, las vueltas y revueltas que hacía con los títulos escriturarios, vendiendo aparentemente primero los bienes a su sobrino Jorge Alberto Vivas L.; luégo, aparentemente también, volviendo a comprárselos, después —y siempre dentro del círculo de la familia— haciendo la venta simulada a su cuñado doctor Calderón Domínguez; ocultándose para no dejarse notificar la demanda de rescisión mientras hacía la venta simulada a su cuñado, para luégo vanagloriarse en la contestación de la demanda de quedar libre de la acción rescisoria por haber vendido por el mismo precio de compra".

La corte hace cinco observaciones:

Primera.—La de que, como lo demostró en el capítulo anterior, no todos los hechos en que se fundan los indicios están plenamente probados;

Segunda.—La de que indudablemente militan varios indicios de haber sido simulado el contrato a que se refiere la escritura Nº 106; pero no basta la variedad, y ni siquiera la gravedad y la precisión, sino que se requiere también el requisito de la concordancia. En este campo tiene mucha libertad el tribunal. Si en su sentir esos indicios no son conexos, y no debieron parecerle tales, puesto que ni aun los menciona, es injurídico decir que al estimarlos incurriera en error manifiesto de hecho o de derecho que aparezca en los autos;

Tercera.—La de que los indicios se refieren a la ficción del contrato ostensible, pero no a alguna contraestipulación secreta, y ya se ha explicado ampliamente que la simulación requiere dos actos, uno público y otro privado.

Cuarta.—La de que aun imaginando que esa prueba indirecta fuese irreprochable, hasta el punto de que resultara absurdo no hacer mérito de ella para declarar la simulación, sería imposible casar la sentencia en este punto porque el recurrente, si bien invoca disposiciones sustantivas sobre pruebas, que dice han sido violadas, no cita un texto civil cuya infracción pudiera resultar de haber sido infringidos los judiciales, pues se reduce a invocar el artículo 1759 del código, que por su generalidad no bastaría en la mejor de las hipótesis para casar el fallo, y cuyo texto más bien se vuelve contra la infirmación pretendida, siendo así que da a la escritura plena fe contra sus otorgantes, entre quienes se cuenta Samuel, o su sucesión demandante (*).

Quinta.—La de que suponiendo que esa prueba indirecta fuese irreprochable y suponiendo también la cita de algún texto civil operante, no tendría interés jurídico la sucesión de Samuel en que se declarara simulado el contrato contenido en la escritura Nº 106, desde luego que será infirmado el fallo en cuanto declaró nula, por falta de cau-

(*) He subrayado estas palabras para hacer notar que fueron agregadas por un lapsus explicable en tan extenso y complicado estudio. Prescinda de ellas el lector. Eliminándolas no pierde fuerza esta 4ª observación.—M. M. J.

sa real y lícita, la convención a que se refiere la Nº 206.

CAPITULO XII

La corte continúa estudiando las causales alegadas por el apoderado de Joaquín Lazo T., como quedan resumidas en las letras H, I, J y K del capítulo VII:

— H —

Con las súplicas 8ª, 9ª, 10ª, 11ª, 12ª y 13ª del libelo, pretenden los actores obtener las declaraciones de que no tienen valor los contratos contenidos en las escrituras Nos. 691 de 1919, 409 de 1924 y 463 de 1924; de que no ha salido del dominio de Samuel Lazo T., y actualmente pertenece a su sucesión, la mitad de la hacienda de "La Josepilla", y de que Calderón Domínguez y los Holguines están obligados a restituir a la sucesión ese inmueble, libre de todo gravamen y con sus accesorios, mejoras y anexidades.

El tribunal no dio, como lo pretende el recurrente, carácter de acción de nulidad a la reivindicatoria. Al contrario, distinguió una de otra para decir que la primera no podía prosperar respecto de las convenciones a que se ha aludido y que tampoco podía prosperar la segunda porque la declaración de nulidad de los tres primeros contratos (contenidos en las escrituras Nos. 206, 258 y 37) no puede perjudicar a terceros poseedores de buena fe. El recurrente no ha demostrado que el tribunal violara directamente, o por no apreciación o mala apreciación de determinadas pruebas, los artículos 740, 752 y 946 del código civil, al negarse a despachar favorablemente las súplicas 8ª a 13ª del libelo.

Se desecha.

— I —

Al motivo de casación expuesto bajo esta letra, observa la corte que como ella va a casar la sentencia en cuanto anuló el contrato contenido en la escritura Nº 206 de 4 de septiembre de 1916, no hay ningún interés en considerar si los poseedores actuales son de buena o mala fe, pues admitida la validez de aquel contrato, a la sucesión no le interesa saber cuál sea la calidad de los actuales poseedores.

Se desecha.

— J —

Estése a lo observado respecto a la letra H. El tribunal sí trató de la acción reivindicatoria en la parte motiva, cuando la desechó atribuyendo buena fe a los terceros, y también se ocupó en la parte resolutiva, cuando negó la restitución de los bienes por la razón apuntada.

Se desecha.

— K —

Estése a lo observado en las letras H y J.

Se desecha.

CAPITULO XIII

La corte estudia las causales alegadas por el apoderado de Joaquín Lazo T., a propósito de la reconvención, como quedaron resumidas en el capítulo VIII del presente fallo.

La corte no entra a averiguar si la sentencia sería casable por violación de los artículos que cita el contrademandante recurrente, porque si la casara tendría en instancia que llegar a la misma conclusión de absolver a la sucesión de Samuel por los cargos de la contrademanda, debido a que Joaquín, al absolver la tercera de las posiciones que le fueron formuladas, referente al pago del precio de la compraventa, afirma: "... porque yo le pagué ese precio recogiendo algunos documentos de deudas que pesaban sobre él y suministrando las cantidades que se ofrecieron y gastaron antes y después de su enfermedad".

Joaquín contrademandó a la sucesión de Samuel aduciendo una causa petendi, el pago de deudas que pesaban sobre éste o sobre sus herederos, causa que nada tiene qué ver con el pago del precio de la compraventa contenida en la escritura Nº 206. Con su aludida respuesta a la posición tercera, dicho Joaquín desquició su alegada causa hasta la cuantía de $ 8,000.00, puesto que dijo haber satisfecho el precio de aquella compraventa pagando deudas de su hermano. Si se tienen en cuenta las pruebas traídas a los autos, es notorio que las deudas satisfechas por el contrademandante montan una cantidad inferior al precio de $ 8,000,00. De acuerdo con lo probado, es claro que la corte no podría en instancia hacer otra cosa que absolver a la sucesión. Y no puede hablarse de compensación parcial, porque esta excepción no es admisible sino sobre la base de que proceda la acción instaurada.

Se ha dicho ser notorio que las deudas satisfechas por Joaquín, de acuerdo con lo

comprobado en los autos, montan una cantidad inferior al precio de $ 8,000.00, porque así aparece con sólo pasar los ojos por la demanda de reconvención y por el cuaderno de pruebas correspondiente. En efecto, Joaquín contrademandó por $ 11,106.47, pero no como deuda global sino como la suma de veintidós partidas distintas, nominativamente expresadas. Dentro de esas partidas hay más de diez sobre las cuales no arroja el proceso dato alguno, y entre éstas una tan cuantiosa como la que figura a favor del doctor Irurita por $ 3,168.00. Respecto a algunas partidas hay prueba del pago hecho por Joaquín, pero no de la preexistencia contra Samuel de las obligaciones correspondientes. En otras sí hay prueba de esa preexistencia. Además aparecen datos relacionados con deudas que no figuran en las veintidós partidas nominales. Todos estos pormenores confirman a la corte en su sentir de que si considerara del caso infirmar el fallo recurrido en lo referente a la reconvención, y se abstiene de estudiar este punto, tendría en instancia que absolver por los cargos de la contrademanda.

El fallo quedó ejecutoriado en los puntos en que no fue materia del recurso de casación.

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 :

Cásase la sentencia recurrida pero únicamente en cuanto declaró nulo, de nulidad absoluta, por falta de causa real y lícita, el contrato de compraventa contenido en la escritura Nº 206, de 4 de septiembre de 1916.

En consecuencia, el presente litigio queda decidido así:

1º—Decláranse nulos, de nulidad absoluta, por falta de causa real y lícita, los contratos de compraventa contenidos en las escrituras públicas Nos. 258 de 18 de octubre de 1916 y 37 de 6 de febrero de 1917, otorgadas en la notaría 1ª del circuito de Palmira;

2º—No es el caso de declarar la nulidad absoluta, por falta de causa real y lícita, del contrato de compraventa contenido en la escritura pública Nº 206 de 4 de septiembre de 1916, otorgada en la notaría 1ª del circuito de Palmira;

3º—No es el caso de declarar la nulidad de las susodichas escrituras públicas, por no aparecer vicio alguno que las afecte;

4º—Tampoco es el caso de acceder a la restitución de los bienes sobre que versan los contratos de que antes se ha hecho mérito;

5º—Absuélvese a la sucesión de Samuel Lazo T., representada por su heredera legítima Mercedes Lazo de Vivas, de todos los cargos formulados en la demanda de reconvención;

6º—Absuélvese, igualmente, a Teodomiro Calderón Domínguez, José, Lisímaco y Ana María Lemos, Ernesto Holguín y Henry Holguín de los cargos que contra ellos se formularon, y

7º—Decláranse no probadas las excepciones perentorias propuestas por los demandados en el juicio doble.

Queda en estos términos reformada la sentencia de 12 de mayo de 1932, dictada por el juez 1º del circuito de Palmira.

Sin costas ni en el juicio ni en el recurso.

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 Fernández, Srio. int.

SALA DE CASACION EN LO CRIMINAL

HOMICIDIO EN RIÑA

Cuando el veredicto referente a homicidio no declara que hubo riña, ni reconoce siquiera implícitamente la existencia de ella, tampoco puede darla por probada el Tribunal sentenciador.

Y el posible yerro sobre la prueba de la riña no sería error en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito sino de la responsabilidad.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, veintisiete de julio de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente, Dr. José Antonio Montalvo)

Dos causales alega el apoderado especial de Francisco Valerio o Francisco Valeriano Sánchez para sustentar el recurso de casación contra la sentencia del Tribunal de Bogotá que le impuso seis años de presidio por el delito de homicidio simplemente voluntario. La Corte procede a examinarlas por separado.

Causal 1ª—Indebida aplicación de la ley penal

Dice el señor apoderado que no ha debido aplicarse en este caso, como lo hizo el Tribunal sentenciador, el artículo 600 del código respectivo, sino el artículo 602: es decir, que en vez de la pena de seis años de presidio que la sentencia impuso al procesado debió haberse impuesto la de tres años de reclusión.

Para sustentar su tesis analiza el señor apoderado algunas pruebas del proceso y concluye así:

"Empero, descartada la tesis de una legítima defensa, por carencia de sus constitutivos, es preciso en justicia reconocer la circunstancia de riña, sin que se sepa, de manera cierta, quién la promovió. La duda positiva que se presenta en el ánimo permite desatarla de modo favorable al reo.

"Como tesis, señores Magistrados, hubo indebida aplicación de la ley penal, porque la imaginación, no la serena razón, influyó sobre el criterio de los juzgadores de derecho.

"En cuanto a los de hecho, a ellos fue suficiente constatar afirmativamente el cuestionario sobre la responsabilidad en el homicidio simplemente voluntario, lo cual está bien, pero no podía decir su veredicto que el señor Juez 2º Superior tenía que aplicar las penas del homicidio simplemente voluntario común. Es obligación del fallador examinar la disposición aplicable, en vista de las pruebas, por un lado y de la decisión del Jurado por el otro".

Respecto de la causal 1ª de casación alegada, la Corte tiene en cuenta:

Dice el alegato que la disposición legal aplicable era o es el artículo 302 del Código Penal. Como este artículo 302 se refiere al expendio indebido de drogas o a la culpa en el despacho equivocado de fórmulas médicas, salta a la vista que un error manual se desliza en el alegato y que la disposición legal que se quiso citar es probablemente la del artículo 602.

Ahora bien: el artículo 602 del código penal debe aplicarse cuando el cuestionario propuesto al Jurado enuncia expresamente la circunstancia de la riña; o cuando, aun sin habérsele preguntado sobre tal circunstancia, el jurado la declara en su veredicto.

Pero cuando ocurre, como ha ocurrido en el caso de este proceso, que se interroga al jurado si el procesado es responsable de haber dado voluntariamente muerte violenta a otro hombre y el jurado responde con la palabra "Sí", y ni el cuestionario ni el veredicto contienen adición o explicación alguna, el artículo del código penal aplicable es el 600.

Tratándose del juicio por jurados la prueba de la responsabilidad es el veredicto, de suerte que el examen de los elementos probatorios del sumario o del plenario sólo es pertinente en casación cuando se invoca la causal 5ª, injusticia notoria del mismo veredicto, o la causal 3ª, que en seguida se estudiará ya que el recurso no puede prosperar en este caso por razón de la primera causal.

Causal 3ª—Ser la sentencia violatoria de la ley, por cuanto haya habido error en la

apreciación de la prueba del cuerpo del delito.

"La circunstancia de riña es elemento especificativo, en este caso, del homicidio simplemente voluntario, dice el distinguido apoderado del recurrente, y por lo tanto, por su materialidad hace parte del cuerpo del delito".

Y continúa:

"Hubo error en la apreciación de algo tan sustancial al homicidio simplemente voluntario de esta categoría, es inexplicable como, sin su existencia, en el caso concreto que se estudia, donde no aparece prueba de otro elemento de especificación, pudo el Juez clasificar el homicidio entre los simplemente voluntarios. Es absurdo que, apareciendo la figura de esta clase de homicidio debido a la circunstancia de riña, que implícitamente se reconoce, a la vez que se desconozca".

Sobre estos particulares observa la Corte lo siguiente:

Tratándose de homicidio, en lo relativo a la conexión entre los elementos materiales y los elementos intencionales del hecho, podría hablarse de error en la apreciación del cuerpo del delito, en el caso de un homicidio justificado por legítima defensa o por otra causa de no responsabilidad o de nó imputabilidad: porque cuando el hecho no es criminoso y punible según las leyes, desaparece el denominado cuerpo del delto, al tenor por lo menos del concepto que de esta entidad formula el artículo 1512 del Código de Procedimiento Criminal.

El alegato en que se ha fundado este recurso de casación dice:

"Empero, descartada la tesis de una legítima defensa, por carencia de sus constitutivos es preciso reconocer en justicia la circunstancia de riña, sin que se sepa, de manera cierta, quién la promovió".

El criterio del propio señor apoderado recurrente se ha visto costreñido a no insistir en el postulado de la legítima defensa. No se alega, pues, contra la sentencia que el delito sea inexistente, ni se niega que sea punible. Tan sólo se ataca la manera como el sentenciador apreció una modalidad del delto, a saber, la circunstancia de la riña.

Al examinar la causal 1ª se dijo que tratándose del juicio por jurados y de una circunstancia no de simple agravación o atenuación sino verdaderamente modificadora, no incumbe al juez o tribunal de derecho declararla, sino que ella debe resultar, explícita o implícitamente, del veredicto; y en el caso de la sentencia recurrida ni el cuestionario ni el veredicto mencionaron hecho alguno indicativo de la riña alegada.

Además: no siempre la circunstancia de haber sido precedido de riiña el homicidio indica como disposición legal aplicable a este delito la del artículo 602 del Código Penal. El artículo 596, por ejemplo, contempla el caso de riña que promovió el matador por ofensa, agresión o violencia leves con que lo provocara el que luégo murió; el 603 enuncia la pena imponible para el que mató en riña casual; el 585 considera la riña como elemento probatorio para reforzar la presunción legal de premeditación.

El mismo alegato del recurrente no ha podido precisar las circunstancias en que éste considere que sucedió la riña, puesto que de dicha pieza son las siguientes palabras:

".... sin que sepa de manera cierta quién la promovió" (viene hablando de la riña).

Entonces ¿por qué o a qué título se colocaría el caso en un artículo del código más bien que en otro? ¿Debería aplicarse el 596 o el 603 o el 602?

Por último: aun considerando que el homicidio ocurrió en riña, como el jurado lo apreció de otra manera, podría pensarse en que un error de apreciación de la prueba, si lo hubo, habría afectado al elemento responsabilidad, no al factor cuerpo del delito, puesto que la circunstanca de riña no llega a exculpar el homicidio, de suerte que no hace desaparecer "el hecho criminoso y punible según las leyes", como el Código de Procedimiento define el cuerpo del delito.

El señor Procurador General de la Nación analiza, en su vista, algunos testimonios del proceso invocados por el recurrente como demostrativos de que medió riña en el delito sobre que versa la sentencia recurrida. Y concluye su disertación el señor Procurador:

"..... me parece que se ha demostrado que en autos no hay prueba de que entre matador y víctima hubiera ocurrido el combate singular" (o sea la riña).

En síntesis: el presente recurso de casación se ha fundado en que el homicidio materia de la sentencia fue resultado de una riña que no se sabe quién la provocó ni quién la promovió; en que al no tomar en cuenta los jueces de derecho la circunstancia de tal riña erraron en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito, por ser la riña en este caso un elemento constitutivo del mismo delito; y en que, por consiguiente, al aplicar el artículo 600 del Código Penal, correspondiente al homicidio simplemente voluntario, se aplicó indebidamente la ley penal, porque la

disposición conveniente para este caso era la del artículo 602.

Y la Corte ha estimado: que la circunstancia de riña no resalta en el proceso en forma evidente; que aun aceptando la hipótética existencia de aquella riña, ni el mismo alegato de casación ha podido presentar una tesis definida sobre la manera como, en concepto al menos del señor abogado, ocurriera la riña; que no pudiéndose precisar las circunstancias en que ocurriera la alegada riña; tampoco podría saberse cuál sería la disposición legal aplicable al caso; que tratándose del juicio por jurados la base de la sentencia, para el Tribunal de derecho, es el veredicto del jurado; que como el veredicto no reconoce ni explícita, ni siquiera implícitamente, el hecho de la riña, no podía tampoco el tribunal sentenciador basar sobre ella su sentencia; que la existencia o inexistencia de la circunstancia riña y la indebida apreciación de la prueba acerca de ella podría afectar el elemento responsabilidad, no el factor cuerpo del delito; y que, en consecuencia, el Tribunal aplicó bien el artículo 600 del Código de suerte que no ha habido violación de la ley penal por indebida aplicación de ella.

En virtud de los considerandos que preceden la Corte Suprema, por medio de su 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 que no es el caso de infirmar, y no infirma, la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá que impuso a Francisco Valerio o Francisco Valeriano Sánchez la pena de seis años de presidio como responsable de homicidio voluntario en la persona de José María Piñeros.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente.

José Antonio Montalvo, Salvador Iglesias, Pedro Alejo Rodríguez. Alberto Mala 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 33 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 acerca del mérito del sumario, 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 veintidós de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente, Dr. Pedro Alejo Rodríguez).

En el presente recurso de casación, el señor Procurador delegado en lo penal se expresa así:

"Por sentencia de 24 de junio del año en curso, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá confirmó la del Juzgado Primero Superior, que le impuso a Juan Ramírez Garzón la pena principal de seis años de presidio, calificada su delincuencia en tercer grado y como autor de un homicidio simplemente voluntario.

Contra la sentencia del Tribunal interpuso recurso de casación el señor defensor del reo. Ante la Corte fundó la demanda y aduce las causales de injusticia notoria del veredicto y la mala aplicación de la ley penal.

La Procuraduría no entra a hacer el estudio de esas causales, porque encuentra que el juicio está viciado de nulidad sustancial, y existiendo ésta, es necesario reponer la actuación y naturalmente ha de proferirse un nuevo fallo.

En ejercicio de la facultad conferida por el artículo 6º de la Ley 118 de 1931, este des-

pacho pasa a sustentar así la causal pertinente":

. . . . . .

A continuación el señor Procurador funda el recurso en la causal 2ª, alegando que la diligencia de sorteo de jurados (folio 101) está viciada de nulidad, y pide que se reponga el procedimiento.

Para la Corte es fundado el reparo de nulidad que hace el señor Procurador, y por consiguiente debe prosperar el recurso por la causal 2ª de casación, como ha prosperado en análogos y recientes casos.

Pero examinando el expediente, halla la Corte que la nulidad afecta el procedimiento en este asunto, no sólo desde la diligencia de sorteo de jurados del folio 101, sino desde el auto que obra a fojas 94.

En efecto: Debiendo revisar el Tribunal por apelación el auto de proceder que dictó el Juzgado 2º Superior de Bogotá, no lo hizo en Sala de decisión, sino solamente por medio de uno de los señores Magistrados.

La Corte acaba de sentar doctrina sobre esta cuestión procedimental en sentencia de 17 del mes en curso, de la cual son los pasajes siguientes:

"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 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.

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".

En estas circunstancias no procede analizar las causales 1ª y 5ª de casación que aduce ante la Corte el señor apoderado de Juan Ramírez Garzón, porque acusada como está igualmente por el señor Procurador la sentencia del Tribunal a virtud de la causal 2ª, o sea por vicio de nulidad en el procedimiento, al prosperar el recurso en fuerza de esta última, no sólo cae la sentencia del Tribunal, sino también con ella parte de la actuación que la precede.

A mérito de lo expuesto la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo con el parecer del señor Procurador y administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la ley, invalida la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, fechada el veinticuatro de junio de mil novecientos treinta y seis, que impuso a Juan Ramírez Garzón la pena de seis años de presidio por el delito de homicidio; en su lugar anula lo actuado desde el auto de cuatro de octubre de mil novecientos treinta y cuatro (folio 94), 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 Mala Baños, Srio. en pdd.

SE DECLARA DESIERTO EL RECURSO DE CASACION

De conformidad con el artículo 6º de la Ley 118 de 1931, la causal o causales de casación invocadas deben sustentarse.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.- Bogotá, septiembre veintiocho de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente, Dr. Salvador Iglesias)

El Tribunal de Santa Marta el 28 de junio de 1935, confirmó la sentencia proferida por el Juez 1º Superior del mismo Distrito de fecha 23 de julio de 1934. La sentencia del Juez a quo y la confirmatoria del Tribunal señala la pena de diez años de presidio y las accesorias correspondientes al reo Genaro Cervantes, responsable del homicidio de Pedro Acuña, delito ocurrido en la población de Sevilla, municipio de Ciénaga, el día 18 de mayo de 1933.

Por escrito de fecha 17 de julio de 1935, Genaro Cervantes interpuso recurso de casación ante la Corte. Concedióselo por el Tribunal, por auto de 23 de julio de 1935, por estar pedido en tiempo oportuno y hacerlo el reo.

La tramitación de regla está concluída en la Corte.

El defensor, doctor Roberto Pineda, en su alegato de 11 de febrero de 1936, después de examinar el caso con relación a todas las causales señaladas por la ley 118 de 1931, concluye así su alegación:

"Por tanto, no hay cómo sustentar el recurso interpuesto por el señor Cervantes.

"Dejo así detallado el desempeño de mi cargo, como apoderado del señor Genaro Cervantes, lamentando no haber podido acceder a los deseos de mi poderdante, mucho más que se trataba de un ofrecimiento que de mi propia voluntad hice.

"El que se deje este recurso sin sustentar se comprende fácilmente si se tiene en cuenta que fue pedido por el señor Cervantes, por su propia iniciativa y sin tener en cuenta si valía la pena interponerlo o no".

La ley 118 de 1931, en su artículo 6º prescribe que la causal o causales invocadas deben sustentarse.

En el caso presente ocurre que no se invocó ninguna. En efecto, dice así el memorial de interposición del recurso, hecho por Genaro Cervantes:

"Genaro Cervantes, preso en la cárcel judicial y sentenciado a diez (10) años de prisión por el delito de homicidio hallándose mi negocio en apelación ante ese honorable Tribunal ante su Superioridiad expongo para solicitar:

"Que habiendo fallado ese Tribunal la causa en apelación y con la confirmación de la sentencia de primera instancia. Haciendo uso del derecho que me confiere el art.

118 del C. J. pido ante ese honorable Tribunal me conceda recurso de casación ante la honorable Corte Suprema de Justicia. Así ruego a ese honorable Tribunal concederme esta petición puesto que estoy en término legal".

Y además de lo anotado no sólo aconteció que no se señalaron causales sino que el defensor declaró expresamente que no había forma de sustentar el recurso.

Por su parte, el Procurador en su vista de 1º de abril de 1936, después de relatar los hechos, copiando los cuestionarios y analizar los veredictos con relación al artículo 600 del C. P. que fue el aplicado por la sentencia, concluye diciendo:

"Por su parte este Despacho no tiene qué objetar a la sentencia, y conceptúa que es el caso de declarar desierto el recurso, puesto que nada se alegó para sustentarlo. (Arts. 9 y 10 de la ley 90 de 1920)".

Esa declaración enfática implica para la Sala, por estar de acuerdo con la ley, que el recurso no puede prosperar ya que no han sido alegadas las causales, ni sustentadas, ni el Procurador ha hecho uso de la atribución que le confiere el artículo 6º de la ley 118 de 1931. La Sala no tiene materia para entrar en el fondo del asunto.

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, declara desierto el recurso interpuesto por Genaro Cervantes en contra de la sentencia del Tribunal Superior de Santa Marta de veintiocho de junio de mil novecientos treinta y cinco.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente.

José Antonio Montalvo, Salvador Iglesias, Pedro Alejo Rodríguez. Alberto Male E., Srio. en ppd.

SENTENCIAS DE LAS SALAS DE CASACION EN LO CRIMINAL Y DE NEGOCIOS GENERALES

El próximo número estará destinado, en su mayor parte, a la publicación de las sentencias de estas Salas que no fueron publicadas en el presente por falta de espacio.

El Relator de la Corte Suprema

SALA CIVIL DE UNICA INSTANCIA

SOBRE UN BIEN OCULTO.—INTERESES INDEBIDAMENTE PAGADOS.

LA DECLARATORIA DE BIEN OCULTO NO SE DISCUTE ANTE EL PODER JUDICIAL.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Civil de Unica Instancia.—Bogotá, julio seis de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Eleuterio Serna R.)

El Ministro de Hacienda y Crédito Público, por escritura número mil trescientos cuarenta y uno, otorgada ante el Notario primero de este Circuito de Bogotá el tres de agosto de mil novecientos treinta y cuatro, confirió poder especial al señor Ricardo Núñez para que, en nombre y representación de la Nación, y al mismo tiempo obrando como denunciante de bienes ocultos, iniciara y siguiera conjunta o separadamente hasta su terminación las acciones de toda clase que fueran menester para hacer efectivos los derechos de la Nación a fin de repetir lo pagado por el Gobierno nacional al Banco de la República por concepto de intereses sobre préstamos que éste hizo a aquélla. También lo invistió de la facultad de constituir abogados judiciales especiales para el ejercicio de las acciones a que se refiere el contrato sobre dicho denuncio.

Haciendo uso de tal facultad, el señor Núñez, por medio de memorial de 4 de julio de 1935, sustituyó el poder en todas sus partes y con las mismas facultades a él conferidas, a los doctores José Antonio Archila y Guillermo Mesa Prieto, para que a nombre y representación del Estado colombiano promovieran y siguieran hasta finalizarlo, y obtener el pago, juicio ordinario contra el Banco mencionado por la suma que la Nación cree haber pagado de más a aquél.

Ejercitando el poder y obrando en nombre y representación de la entidad poderdante, el doctor José Antonio Archila demandó por la vía ordinaria a la sociedad anónima Banco de la República, representada por su gerente, para que por sentencia se hicieran las siguientes declaraciones:

"I.—Que el Banco de la República, institución que he indicado como demandada, adeuda a la Nación la suma líquida de veinticuatro mil ochocientos diez pesos con treinta y nueve centavos ($ 24,810.39) por concepto de pago de intereses hecho indebidamente por el Gobierno al Banco a virtud de contratos de empréstitos celebrados entre las dos entidades, la primera obrando como prestataria y la segunda como prestamista, dentro del período comprendido entre el primero de enero de mil novecientos treinta y dos y el treinta y uno de agosto de mil novecientos treinta y cuatro.

"II.—Que igualmente la misma entidad demandanda, Banco de la República, adeuda a la Nación los intereses de esta suma desde que se causó a deber, hasta que la devolución se efectúe a favor de la Nación, y en virtud de lo que determine el fallo respectivo.

"III.—Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, en la misma sentencia se condene al Banco de la República a pagar a favor de la Nación la suma líquida de veinticuatro mil ochocientos diez pesos con treinta y nueve centavos ($ 24,810.39), más los intereses que sobre esa cantidad adeude, dentro del término que la sentencia señale, y a pagar a favor de mi poderdante Ricardo Núñez las costas judiciales que se causaren y liquidaren.

"IV.—En subsidio, pido que se declare al Banco de la República deudor de la Nación y se le condene a pagar la cantidad que en el curso del juicio se compruebe como saldo líquido a cargo del Banco por los conceptos expresados, más los intereses de esa cantidad desde que se causó a deber hasta que se verifique el pago".

Se apoyó la demanda en los artículos 67 y 2313 y siguientes del Código Civil y concordantes: 198 del Código de Comercio, 52 y 62 del Código Político y Municipal, y en los hechos siguientes:

"Primero.—A virtud de denuncio sobre bien oculto que presentó el señor Ricardo Núñez al Ministerio de Hacienda y Crédi-

to Público, éste, previa la tramitación legal correspondiente, dictó la resolución Nº 266, de fecha 24 de julio de 1934, que en su parte dispositiva dice: "Es bien oculto el denunciado por el señor Ricardo Núñez, a que se ha hecho referencia en la presente resolución, observando que el sistema de liquidación empleado por el Banco de la República sólo empezó a emplearse por el Banco desde enero de 1932 y que, por lo tanto, los pagos de intereses hechos antes de esa fecha no tienen el carácter de ocultos".

"Segundo.—El bien calificado como oculto por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público en la resolución citada anteriormente, consiste en la diferencia que resulta al liquidar y cobrar los intereses que el Gobierno vino pagando al Banco de la República sobre sumas que éste le había dado en préstamo a partir del 1º de enero de 1932, con relación a lo que en rigor legal ha debido y debe liquidarse y pagarse por concepto de tales intereses.

"Tercero.—Esta diferencia objeto del denuncio se puntualiza y especifica en la operación aritmética de liquidar los intereses que el Gobierno venía pagando al Banco de la República a las ratas estipuladas anualmente en los respectivos contratos de préstamo sobre 365 días del año pero tomando por base, como lo hizo el Banco, para el cálculo de lo que vale cada día de intereses el factor que surge de la tabla comercial de 360 días en vez de los 365 días en que se descompone el año.

"Cuarto.—La suma cobrada de más por el Banco de la República al Gobierno nacional por concepto de intereses liquidados en los diversos contratos celebrados entre las dos instituciones durante el lapso preindicado, conforme a la fórmula utilizada por aquella institución, asciende, según la liquidación hecha hasta ahora, a la cantidad líquida de veinticuatro mil ochocientos diez pesos con treinta y nueve centavos ($ 24,810.39).

"Quinto.—La Junta Directiva del Banco de la República en su sesión de fecha 21 de noviembre de 1934, consignó en el acta respectiva la siguiente constancia: "Vista la nota de fecha 7 del presente mes, dirigida por el señor Tesorero General de la República al Banco, en la cual se transcribe la disposición de la Contraloría General acerca de la liquidación de los intereses sobre créditos a cargo del Gobierno, la junta estima que constituyendo la estipulación de intereses y la forma de su liquidación una función propia del Banco, de acuerdo con sus estatutos, y que la dirección no encuentra inconveniente actual para modificar la forma que se ha venido aplicando para aquella liquidación, aceptada antes por el Gobierno y observada hoy por la Contraloría, resuelve acoger en lo pertinente y para el futuro la disposición de esta oficina, dejando expresa constancia de que al obrar así hace reserva completa de sus derechos acerca de la legalidad y acierto como ha procedido el Banco en liquidaciones anteriores de intereses, sin que pueda entenderse, por lo tanto, el que la modificación adoptada en esta fecha, constituya o deba tenerse como una renunciación de su criterio y derechos que puedan existir en su favor con anterioridad a esta resolución".

"Sexto.—Por oficio de fecha 18 de septiembre de 1934, la Contraloría General de la República dio orden al Tesorero General de la Nación a fin de que fuese rechazado en lo sucesivo todo pago de intereses al Banco de la República por préstamos hechos al Gobierno en cuanto esos intereses estuvieran liquidados sobre la tabla comercial de 360 días, tomando los días reales del año.

"Séptimo.—De la orden anterior se originó la prevención del caso hecha por el Tesorero General al Banco, y con este motivo el mismo Banco dirigió la comunicación que se copia en seguida, al Tesorero General: "Banco de la República. (Oficina principal)—Nº 8663.—Bogotá, noviembre 23 de 1934.—Señor Tesorero General de la República.—E. S. D. — Damos respuesta a su atento oficio Nº 1118, de fecha 11 de los corrientes, para manifestar a usted que nuestra Junta Directiva, en su última sesión, consideró el asunto a que se refiere su oficio Nº 1083, de fecha 7 de los corrientes y dispuso que en lo sucesivo los intereses sobre los saldos a favor y a cargo del Gobierno nacional continuarán liquidándose en la forma en que lo habían sido hasta el 31 de diciembre de 1931.—En consecuencia, estamos modificando la liquidación de que dimos cuenta a usted en nuestra comunicación Nº 7434, de fecha 15 de octubre próximo pasado. Con los comprobantes correspondientes a la liquidación de intereses en el presente mes, enviaremos a usted los detalles de esta modificación. — Somos de usted atentos y s. s.—Banco de la República.—Julio Caro, gerente".

"Octavo—La Superintendencia Bancaria a su vez, y a propósito de una consulta formulada por el señor Núñez, expresó al Banco de la República en el mes de septiembre de 1934, los siguientes conceptos: "De con-

formidad con los artículos 198 del Código de Comercio, 87 del Código Civil, y 59 y 62 del Código Político Municipal, por plazos de meses y años, se entienden los del calendario común y por día el espacio de veinticuatro horas. En consecuencia, esta oficina considera que cuando se estipula un interés anual, el año es de 365 o 366 días, según el caso. La práctica adoptada por ese establecimiento y la mayoría de los bancos del país de dos años a esta parte, que consiste en liquidar los intereses contando los días reales que tiene cada mes, pero aplicando para ello los factores que aparecen en la tabla de 360 días, puede ser objetada por cualquier interesado, aun después de recibida una liquidación, toda vez que ello implicaría, en concepto de esta oficina, un error de cuenta" — (Firmado) — E. Vallejo".

"Noveno.—El apoderado del Gobierno nacional señor Ricardo Núñez, en desempeño de su poder, ha gestionado directamente ante la Junta Directiva del Banco de la República el reembolso o repetición a favor de la Nación de la suma a que asciende lo indebidamente pagado por concepto de intereses, según lo que queda expuesto anteriormente, sin que por parte de la entidad demandada se haya atendido en debida forma a los reclamos formulados por el mismo señor Núñez.

"Décimo.—El señor Ricardo Núñez, mi poderdante, como personero de la Nación, y conforme al contrato acordado al efecto con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, debe sufragar a sus expensas todos los gastos que ocasionen las gestiones encaminadas al objeto de la presente demanda".

Se dio el traslado correspondiente a la parte demandada, la que contestó oponiéndose a la condenación pedida y negando los fundamentos de derecho. Conviene transcribir la respuesta que dio a los hechos. Es como sigue:

"Al primero.—Es cierto; pero no acepto que constituya un bien oculto de la Nación la diferencia que resulte al liquidar y cobrar el Banco de la República los intereses a su favor y a cargo del Gobierno en razón de créditos pasivos autorizados por él en favor del Banco, de acuerdo con el procedimiento conocido y aceptado por el mismo Gobierno y puesto en práctica por él al liquidar y cobrar intereses de obligaciones del propio Gobierno a cargo de terceros.

"Al segundo.—Es cierto; pero—repito—dicho bien, que el Gobierno tenía a la vista mes por mes, al revisar y fenecer las cuentas correspondientes pasadas por el Banco, no representa—como lo ha sostenido el denunciante—las características de un haber oculto o respecto del cual se hubiera hecho vaga u oculta en ningún tiempo su condición de propiedad nacional.

"Al tercero.—Es cierto, con las salvedades expuestas antes.

"Al cuarto.—Es cierto que de acuerdo con el dictamen pericial que en copia se ha acompañado a la demanda, existe la diferencia numérica apuntada entre el sistema de liquidación empleado antes por el Banco en sus obligaciones activas y por el Gobierno en las de igual índole, y la forma o sistema de liquidación preconizado y sostenido por el denunciante señor Núñez; pero no es verdad que tal cantidad haya sido cobrada de más por el Banco en el concepto que indica el hecho que se contesta.

"Al quinto.—Es cierto, sin que ello implique asentimiento de parte del Banco a la tesis del señor Núñez.

"Al sexto.—El señor Tesorero General de la República comunicó al Banco el recibo de la orden de que trata este hecho; pero la entidad no conoce la providencia misma, dictada en el referido sentido, ni ella constituye un hecho propio del Banco.

"Al séptimo.—Es cierto, repitiendo que la actitud tomada por la dirección del Banco no fue determinada, o acogida, como un asentimiento a las tesis o alegaciones sostenidas por el señor Núñez al hacer su denuncio.

"Al octavo.—Es cierto.

"Al noveno.—Es cierto que el señor Núñez ha pedido al Banco el pago de la suma que hoy solicita nuevamente en la demanda presentada. El Banco ha negado tal pago porque estima que no hay derecho a él; y consecuente con esta creencia, no acepta que su negativa, y la retención consiguiente de la cantidad dicha, sean indebidas de parte del instituto.

"Al décimo.—Es cierto que el señor Núñez, según el contrato existente entre él y el Gobierno "debe sufragar a sus expensas todos los gastos que ocasionen las gestiones" en que se halla empeñado; pero ello no establece un derecho correlativo del señor Núñez sobre las costas en el caso totalmente improbable y fuera de derecho en que pudiera ser condenado el Banco".

Ambas partes hicieron uso del derecho de producir pruebas, y ambas alegaron de conclusión. Encontrándose ya el juicio en estado de recibir fallo, a dictarlo se procede, previas las siguientes consideraciones:

No es pertinente la oposición a las declaraciones que se solicitan, basada en que las cosas que fueron objeto del contrato sobre bienes ocultos no tienen ese carácter. La manifestación que hace el Estado por medio de su órgano administrativo correspondiente, de que un bien que realmente le pertenezca, o cree que le pertenece, es oculto, es declaración que no puede discutirse ante la justicia ordinaria, porque es al Estado mismo a quien incumbe la calificación de ocultos o no ocultos de algunos de sus bienes. No es que semejante declaración, hecha por el órgano administrativo, constituya *ipso facto* la existencia legal del derecho del Estado, como si ésta quedase comprobada con la declaratoria de ser oculto el bien en que pueda radicar ese derecho. Si esto fuera así, la simple resolución declarativa de oculto de un bien constituiría pleno derecho del Estado sobre él, y no habría necesidad de un juicio ordinario posterior para obtener la declaración de que ese bien volviera al patrimonio de la Nación.

La decisión del órgano administrativo sobre la condición de ocultos de algunos bienes del Estado sólo tiene por objeto "investir al denunciante de la personería necesaria para que pueda promover las acciones tendientes a recuperar esos bienes para el Estado, y para reconocer al mismo denunciante el derecho que conforme a la ley le corresponde como participación sobre el valor de dichos bienes", según concepto expresado por el Consejo de Estado en sentencia de junio de 1925, y que la Corte acoge. En efecto: la declaratoria de oculto de un bien sólo quiere decir que respecto de él se ha hecho oscuro su carácter primitivo de propiedad nacional, y que el Estado cede al denunciante una participación y lo inviste de la personería suficiente para que lo reclame en juicio al usurpador u ocupante. Quiere decir esto que el denunciante apoderado de la Nación echa sobre sí la carga de establecer la acción y comprobar en juicio el derecho del Estado, pues la declaratoria de bien oculto no significa propiamente que éste pertenezca de un modo indubitable al Estado, ya que puede comprobarse que ello no es así. Esto es bastante para comprender la razón del artículo 9º del Decreto número 553 de 1925, que dispone que si el denunciante abandona el juicio, se declarará caducado el contrato, y el Gobierno por medio de sus agentes continuará el juicio, sin que el denunciante tenga derecho a la participación estipulada. De modo que la declaración de oculto de un bien efectuada por el órgano administrativo crea un derecho a favor del denunciante, pero no mejora la situación jurídica del Estado respecto a la propiedad que pueda tener sobre el bien, pues debe comprobarse que esa entidad es verdaderamente dueña. Por consiguiente, es necesario ver si el demandante ha comprobado el derecho que invoca.

Se reclama una suma de dinero que se dice el Estado pagó excesivamente al Banco demandado por concepto de intereses "a virtud de contratos celebrados entre las dos entidades, la primera obrando como prestataria y la segunda como prestamista".

No acompañó el actor a su demanda los contratos celebrados entre la Nación y el Banco de la República sobre préstamos en que aquélla debiera pagar a éste determinadas sumas en el tiempo a que se contrae la demanda, ni tampoco solicitó su comparecencia en el término probatorio. Sobre este asunto, al iniciar su acción, trajo únicamente, en nueve fojas, una documentación referente a una acción accesoria de exhibición de los libros de contabilidad correspondientes del Banco demandado y una inspección ocular anexa a la exhibición, practicada con peritos nombrados por las partes ante el Tribunal Superior de Bogotá con citación y audiencia del gerente de dicho Banco. Con la exhibición de los libros se verificó también la de "todos los contratos de préstamo o empréstito de todo orden que había celebrado dicha sociedad con el Gobierno nacional, durante los años de 1932 y 1933".

Con respecto a los contratos exhibidos, hay que anotar que se enunciaron algunos con sus fechas, comprendidos en el lapso de los dos años expresados, pero no se relacionó el objeto sobre que versan ni las cantidades que en virtud de ellos adeuda la nación. Y como la época a que se contrae la demanda hace suponer la realidad de contratos celebrados con antelación al primero de enero de 1932, la mencionada exhibición no comprueba la existencia de dichos contratos antes de esa fecha.

El dictamen de los peritos está concebido así:

"Después de un estudio detenido de todas las piezas, libros y comprobantes a que se refiere el Acta de Exhibición o inspección ocular, efectuada el 11 de marzo de 1935 y cuyo texto aparece en los folios 48 vuelto y 49 del expediente, documentos que fueron puestos a la disposición por el Banco de la República, hemos llegado a las siguientes conclusiones: Las sumas cobradas

de más por el Banco de la República al Gobierno nacional por concepto de intereses en sus diversos contratos de préstamo, habiéndolos liquidado a las tasas actuales estipuladas, pero computando los trescientos sesenta y cinco días (365) del año y tomando como base para el cálculo de lo que vale cada día de intereses los factores de la tabla comercial de trescientos sesenta días (360), son los siguientes:

"Primera. - En "Concesión Salinas", de enero de 1932 hasta agosto de 1934 sobre $ 1,181.928-94 ..... $	16,190.80
"Segunda. - Sobre "Cuota Militar" de junio de 1933 a agosto de 1934 sobre $ 135,336.88, deducidos $ 86,777.23 por abonos desde agosto de 1933, o sea, sobre un neto de $ 48,559.65....	665.20
"Tercera. - Sobre "Financiación de Antioquia", de febrero de 1933 a agosto de 1934, sobre $ 44,374.76	607.87
"Cuarta. - Sobre "libranzas Ferrocarriles Nacionales" Nos. 1 a 5 y 11 a 18, ya que los Nos. 6 a 10 no fueron descontadas, en $ 17,311.08.....	237.14
"Quinta. - Sobre "Empréstito Corto Plazo. - Cupo Legal", libranzas Nos. 88 a 132 comprendidos intereses corrientes y de mora y previa deducción de $ 18,593.12, en $ 460.388.01..	6,306.69
"Sexta. - En "Empréstito Defensa Nacional" de febrero a agosto de 1934 del Decreto Nº 2028 de 1933, $ 58,596.05.....	802.69
lo que da un total de..... $	24,810.39

Veinticuatro mil ochocientos diez pesos con treinta y nueve centavos, en cómputo efectuado sobre la suma de un millón ochocientos once mil ciento cincuenta y ocho con cuarenta y nueve ($ 1.811,158.49), a que ascienden las partidas que dejamos anotadas arriba. Es de advertir que no se tuvo en cuenta la partida de intereses del empréstito según Decreto Nº 376 de 1934 (Impuesto gasolina), por no corresponder esta liquidación, efectuada mes por mes, la diferencia de liquidación a que viene refiriéndose este juicio. En cumplimiento de lo dispuesto en el auto de 16 de marzo del corriente año, hemos entrado a estudiar la suma abonada por el Banco al Gobierno nacional en el capítulo "Tesorería General.-Deuda Departamentos" al 2% anual en el arreglo celebrado el 28 de junio de 1932 con The National City Bank of New York, de Bogotá, en los meses comprendidos de diciembre de 1932 a agosto de 1934, cuyo total asciende a $ 33,942.11, lo que causa como diferencia de liquidación cuatrocientos sesenta y cuatro con noventa y seis ($ 464.96). Lo correspondiente a "Cuota Militar" quedó deducido ya en la liquidación a que nos referimos en la primera parte de este informe".

Por auto de 20 de mayo de 1935, el Tribunal aprobó el anterior dictamen pericial sin antes haberlo puesto en conocimiento de las partes.

Acerca de esta prueba conviene hacer algunas consideraciones para fijar su valor jurídico.

En primer lugar debe averiguarse si puede pedirse la práctica extrajuicio de la inspección ocular ante cualquier juez; y también, si en el caso concreto que ahora se estudia, el Tribunal que practicó la diligencia era competente.

Dice el artículo 731 del Código Judicial que "cualquiera persona, a fin de que se le abone como prueba, puede pedir fuera del juicio y con citación personal de aquel contra quien haya de aducirse, la práctica de inspecciones oculares para hacer constar en lo futuro hechos o circunstancias que le interesen...."

No dice el artículo que la inspección ocular debe ser practicada ante el juez competente para el pleito; luego permite interpretar que lo único importante es que haya un funcionario con autoridad. Por esto, al definirse en el artículo 724 de la misma obra qué es inspección ocular, no se expresa de modo indudable que ella debe practicarse siempre por el juez de la causa. Esto demuestra que la ley no ha querido que tal diligencia sea absolutamente personal del juez del conocimiento, y de aquí que permita su realización por juez comisionado (artículos 134 y 726 del C. J.). También puede ocurrir que al juzgador de segunda instancia le toque apreciar una inspección practicada por el de la primera; asimismo puede suceder que cambie el personal de un juzgado, y en este caso la inspección que ya esté practicada la aprecia el otro a quien toque decidir, el cual tendrá en cuenta el valor probatorio de ella como si él mismo la hubiera llevado a cabo. Por manera que el juez de la causa debe aceptar como sucedidos ante él los hechos que el juez que practicó la diligencia haya aceptado o hecho constar.

Aparte de lo dicho, no hay que perder de vista que, según el artículo 302 del Código

Judicial, una inspección puede practicarse como anexa a una acción exhibitoria, lo que vale tanto como decir que para aquélla es juez competente el que lo sea para ésta. Ahora bien: la exhibitoria es una verdadera acción, ora se considere el último vocablo substantivamente, como el derecho de exigir alguna cosa, ora en su aspecto adjetivo, como el modo legal de pedir en justicia lo que es nuéstro o se nos debe por alguien.

Substantivamente, implica el derecho de pedir que se exhiban las cosas o documentos que sirven de base para la comprobación de los hechos substentatorios de una acción principal. Implica también, correlativamente, que sobre la persona demandada radica la obligación de exhibir lo que se le demanda.

Adjetivamente, se ejerce en un juicio sometido a reglas particulares, pues es una acción no ordinaria, sino especial.

Es, por tanto, la acción exhibitoria una acción accesoria especial, y no un mero incidente del juicio principal, pues la ley no dice que ella sea una articulción de éste, sino que se transmite como articulación, lo cual es diferente.

Siendo todo ello así, y presentándose la Nación como demandante, era el Tribunal el competente para conocer de esta acción exhibitoria y, consiguientemente, de la inspección ocular que unida a ella se pidió a la vez.

Es, pues, racional aceptar la inspección ocular practicada ante el Tribunal Superior de Bogotá; pero, ¿qué fuerza probatoria tiene esa inspección? Ella fue practicada por medio de peritos. Ahora: una inspección ocular practicada en el juicio no es completa si el dictamen no se pone en conocimiento de las partes, porque en esta diligencia hay dos cosas: la inspección, y el peritaje, que debe apreciarse conforme a las ritualidades legales. Cuando se practica extrajuicio y con citación personal de la parte contraria, según el artículo 731, o cuando se pretica como anexa a una acción exhibitoria (artículo 302 del C. J.), la diligencia tiene el mérito probatorio que indica el artículo 730; lo que quiere decir que el dictamen rendido en la inspección extrajudicial debe apreciarse según las formalidades de la prueba de peritos; y para que ésta pueda ser estimada legalmente, el dictamen ha de ser puesto en conocimiento de las partes. (Artículo 719 del C. J.).

Parece que el Tribunal de Bogotá, al no poner en conocimiento de las partes el dictamen, hubiera partido del concepto de que en la inspección ocular el dictamen de los peritos ha de ser apreciado por el juez en el mismo acto, viniendo así a quedar incorporado en la diligencia que se extiende; y que así estimado, aprobado e incorporado, no debe serle aplicable lo dispuesto en el artículo 719 que manda que el dictamen se ponga en conocimiento de las partes, bastándole a ese dictamen los requisitos anotadas de estimación, aprobación e incorporación en la misma diligencia. Pero este concepto únicamente lo acepta la Corte para el caso de que trata el artículo 732 del mismo Código Judicial, o sea en las inspecciones oculares pedidas extrajuicio con la sola intervención del solicitante, evento en el cual no es plena prueba.

Por manera que en la inspección de que se viene tratando, y que fue practicada como anexa a una acción exhibitoria, el dictamen en que estuvieron de acuerdo en la regulación de una cifra numérica los peritos principales, y cuya opinión fue uniforme, explicada y fundamentada, debería tenerse como plena prueba al tenor del artículo 721 de la misma obra; pero por no haber sido puesto en conocimiento de las partes, sólo puede contener la fuerza probatoria de una prueba deficiente o incompleta.

Formuladas las razones anteriores, se considera:

La parte demandada aceptó todos los hechos de la demanda. Mediante esa confesión puede darse por probado todo lo que consta en la inspección ocular practicada como anexa a la acción exhibitoria; lo que quiere decir que ésta quedó revalidada suficientemente con dicha confesión. En virtud de esa confesión, puede darse por probado en el juicio lo siguiente:

Que en virtud de contratos de préstamo celebrados por la Nación y el Banco de la República, en que aquélla figura como prestataria y éste como prestamista, la primera pagó de más al segundo, a partir del primero de enero de 1932 hasta el 31 de agosto de 1934, sobre los diversos contratos, por concepto de intereses, la suma de $ 24,819.39, por la razón de que el Banco liquidaba los intereses considerando el año de 365 días, pero repartiéndolos en cuatro trimestres de 90 días cada uno, es decir, que al año se aplicaba la tabla comercial de 360 días. De modo que en cada año de 365 días la Nación pagaba al Banco intereses

por todos esos días, y éste le abonaba solamente por cuatro trimestres de 90 días, o sea por trescientos sesenta días en el año, viniendo a pagar aquélla intereses de más por cinco días.

Aunque la parte actora no acompañó a la demanda ni adujo en el término probatorio los contratos de préstamo y empréstito tomados por la Nación al Banco demandado, habiendo sido este hecho aceptado, y no refiriéndose la demanda a una interpretación de esos contratos ni a una acción directa sobre ellos, sino a una consecuencia de los mismos, es admisible la prueba de confesión. Es decir, los contratos no son prueba substancial o única (caso en el cual sería indispensable su presencia en el juicio), sino más bien una prueba principal, que puede suplirse por otra. Igualmente, aunque el dictamen pericial contenido en la inspección ocular no fue puesto en conocimiento de las partes, el concepto de los peritos debería ser aceptado como plena prueba, en virtud de la aceptación expresa de él por la parte demandada.

Pero no puede aceptarse el parecer de los peritos como una prueba completa para todo lo que se hizo constar en él, por las siguientes razones:

Ese dictamen llega a la cifra precisa por la cual se formuló la demanda, o sea, la cantidad de $ 24,810.39, después de estudiar los expertos todo lo ocurrido de primero de enero de 1932 hasta que cesó la liquidación y computación de intereses en la forma aludida, a fines de 1934.

Pero, si el derecho de la Nación se extiende a todo cuanto legalmente resulte comprobado que se pagó en exceso por el motivo detenidamente analizado aquí, el derecho del señor Núñez no puede extenderse a todo aquel lapso, porque desde su memorial de denuncia él pone la fecha de éste como límite. En efecto, en ese memorial, que no figura en este proceso y cuya fecha aquí se ignora, pero del cual se copia, en la resolución que acepta la denuncia, un párrafo pertinente a la limitación de que se está hablando, dice que el bien de cuya recuperación se trata consiste en la referida manera de computar los intereses y en el consiguiente exceso en su pago; y al determinar el lapso respectivo, lo hace en estas palabras: "desde el funcionamiento del Banco o desde que han venido acordándose empréstitos de dinero de éste al Gobierno, hasta la presente fecha". (Subraya la Sala).

El señor Núñez mismo, por tanto, puso un término—el de la fecha de ese memorial suyo—a su derecho a cuya creación proveía con ese escrito.

De otro lado, apenas habrá para qué observar cómo ante la Nación no podía seguir siendo oculto ese bien después de compartir el concepto del denunciante, como lo comparte al dictar la resolución en que la denuncia se acepta. Y si desde este punto de vista no pueden tenerse por bien oculto los pagos posteriores a esa resolución, tampoco puede extenderse el derecho del denunciante, por la limitación que él mismo se trazó, a pagos posteriores a su memorial de denuncia, que fue a lo que él desde entonces se concretó y redujo.

La suma total a que llegan los peritos comprende toda la época de los pagos (enero de 1932 a septiembre de 1934); aquí se ignora en ese total cuánto corresponde a pagos hechos hasta el día del memorial del señor Núñez, día que también se ignora, como ya se advirtió. Falta, pues, este elemento para poder precisar la cifra a que en este proceso puede condenarse. Así las cosas, la condenación habrá de hacerse dejando pendiente esa fijación de la cantidad, a lo que se proveerá en la manera autorizada o reglamentada para casos de esta clase por el Código Judicial en su artículo 553.

Como los pagos se hacían por trimestres vencidos, y el memorial aludido es de colegirse que fuera posterior al 31 de marzo de 1934, es de suponerse que para ese año no hubieran aún ocurrido pagos al presentarse el memorial; pero como es posible que sí los hubiera, no sería prudente dar por descartada esta contingencia en aras de una concisión de lenguaje que determinara el lapso en términos como éstos: de 1º de enero de 1932 a 31 de diciembre de 1933, o que, más brevemente aún, citara estos dos años. La condenación habrá de hacerse, pues, señalando por fecha inicial el citado 1º de enero de 1932, como pide la demanda y como corresponde a los varios hechos y antecedentes ya vistos, y señalando por fecha final la que legalmente se establezca como día del referido memorial del señor Núñez.

Claro es que el derecho de la Nación no tiene por qué terminar ese mismo día, sino que se extiende a cuantos pagos de la clase aquí estudiada ocurrieran posteriormente. Pero este adicional derecho de la Nación no puede ser materia del presente pleito y fallo, que estarán limitados a aquello en que tiene derechos el señor Núñez, denunciante.

Sentado lo que precede, es ya oportuno estudiar las razones del demandado.

Este contradijo el derecho del actor en un bosquejo general en la contestación de la demanda, como queda preinserto, y que completó en su alegato de conclusión, previa la siguiente síntesis:

"1º—El Banco dio a conocer al Gobierno el procedimiento adoptado por la institución para la liquidación de intereses, y el Gobierno aceptó dicho proceder durante todo el tiempo a que la demanda se refiere.

"2º—El mismo procedimiento ha sido sancionado por la costumbre comercial y por el propio Gobierno en liquidaciones de intereses a su favor.

"3º—El Banco estaba facultado por la ley para adoptar el procedimiento motejado hoy; y

"4º—Sean cuales fueren las conclusiones que corresponder a los puntos anteriores, no existe error susceptible de ser demandado en cualquiera época por la Nación"

Para sustentar las proposiciones enunciadas bajo los puntos 1º, 3º y 4º, aduce las siguientes razones:

Para el 1º—Que el Banco consultó con la Superintendencia Bancaria la medida que tomaba en enero de 1932; que esta entidad la aprobó, y las oficinas superiores de examen y finiquito de cuentas, como la Tesorería General de la República y la Contraloría, no hicieron objeción alguna al proceder del Banco; que el contrato de mutuo con intereses no es convención solemne, sino consensual, la que no exige modalidad alguna determinada, ni es necesario que aparezca en el documento mismo que la contiene, pues basta una manifestación tácita. De estas razones concluye que no habiéndose adoptado en los contratos de manera expresa para la liquidación de intereses la fórmula empleada ni otra especial, el consentimiento tácito del deudor a lo hecho por el Banco era un modo de interpretar o poner en ejecución ambas partes el derecho a percibir el acreedor los correspondientes frutos, supliendo así la deficiencia de los contratos, lo que autorizaba al Banco plenamente para proceder en esa forma. Cita en su apoyo las disposiciones de los artículos 1603, 1618, 1621 y 1622 del Código Civil.

Adujo además como fundamento de ese punto 1º esto: Que la Nación, de conformidad con el art. 80 de la ley 153 de 1887, es una persona jurídica, y, por tanto, capaz de contraer derechos y obligaciones, "ya sea por vínculos contractuales expresos, ya por aplicaciones o interpretaciones prácticas de las mismas, aceptadas por sus órganos administrativos", de modo que cuando contrata es de igual condición jurídica que la persona con quien contrata, y queda sometida a las prescripciones del derecho común. De modo que habiendo ella prestado un consentimiento claro e inequívoco a la adopción del sistema empleado por el Banco durante dos años, fue este consentimiento lo que sirvió de apoyo al Banco para efectuar las liquidaciones y hacer suyos los rendimientos correspondientes, sin que pueda argüirse que el Gobierno no tenía facultad para aceptar la forma de liquidación, máxime cuando el Banco "estaba autorizado para estipular tales réditos, y la manera como se fijara su monto o cuantía constituye una simple modalidad comprendida y respaldada por la atribución principal".

Y como razón de lo aseverado bajo el punto 3º adujo:

Que la ley 25 de 1923, orgánica del Banco de la República, en su artículo 12 autoriza a la Junta Directiva de esa institución para señalar los tipos de descuento o intereses de las obligaciones a su favor, y que no hay limitación a esta facultad, por lo que nada impedía al Banco en los diferentes contratos que tiene celebrados con el Gobierno determinar los intereses a su favor; que siendo la forma de la liquidación de intereses una verdadera modalidad del contrato principal, o cuestión accesoria, teniendo el Banco libertad para fijar los tipos de interés, es evidente que él gozaba de la atribución de señalar los sistemas para la liquidación de los réditos. De esto infiere que no puede declararse que el Banco se halle obligado a la restitución de las sumas que aparecieren como diferencias entre un sistema u otro de los enunciados, "máxime —dice—cuando la práctica continuada y la aprobación del gobierno reafirmaron, si así hubiera sido necesario, la atribución legal comentada".

Respecto a los dos puntos aludidos, se contesta:

Aunque la Nación sea una persona jurídica cuando contrata, siendo el contrato una ley para las partes, no puede uno de los contratantes fijar normas al otro que no consten en la estipulación. Así, aunque el Banco esté autorizado por la ley para fijar la tasa de intereses de un modo general, y aunque sea función propia de él lo que se refiere a la forma de liquidación de intereses, una vez celebrados los contratos, debe ceñirse rigurosamente a los términos de éstos, y si guardan silencio sobre intereses o la forma de su liquidación, hay que

incorporar en ellos las leyes vigentes al tiempo de su celebración, pero no sustituir éstas por la sola voluntad de una de las partes.

Además, aunque la Superintendencia Bancaria haya aceptado la norma sobre liquidación de intereses, ella no podía modificar los contratos celebrados por el gobierno a nombre de la nación con el Banco, porque ella no era la entidad que con el Banco había contratado, y no hay constancia de que hubiera sido autorizada para el efecto por el gobierno contratista.

Pero, aun admitiéndose que es cierta la manifestación de que el gobierno aceptó la forma de liquidación de intereses, ese erróneo obrar del gobierno no podría perjudicar a la nación en sus derechos. Se funda para ello la Sala en la razón de que el gobierno y la nación son cosas distintas. En efecto, estatuye el artículo 2° de la Constitución que los poderes públicos emanan de la Nación y se ejercen en los términos que la Carta establece; y el artículo 57 y siguientes de la misma, que esos poderes son limitados y ejercen sus atribuciones separadamente, las que se determinan en la misma Constitución y las leyes.

Según estas disposiciones, cuando el gobierno contrata u obra respecto a asuntos nacionales, obliga a la nación, pero únicamente en cuanto proceda de cuerdo con la Constitución o la ley, y no se aparte de ellas. Así que si el gobierno, por omisión, negligencia o malicia, remite alguna deuda o exime al obligado de su carga, cede algún derecho, etc., sin cumplir con los mandatos constitucionales o legales, porque los extralimite, los viole o los omita, la nación no puede estar legalmente representada en esos actos, porque no se han llevado a efecto cumpliendo su voluntad expresada en la Constitución o en las leyes; y si falta la representación legal, aquellos actos no pueden considerarse celebrados por ella, pues si se reputasen como celebrados correctamente, habiéndose violado las prescripciones constitucionales o legales, sería tanto como investir al Poder Ejecutivo de facultades dictatoriales, para que dispusiera a su arbitrio de los bienes, derechos y acciones de la nación, sin que ésta pudiera reparar los perjuicios que le resultaran por el no cumplimiento, violación o extralimitación de los mandatos legales por parte del gobierno al obrar en su nombre, lo que haría ineficaces las prescripciones de requisitos y formalidades establecidas en favor y garantía de la nación. La responsabilidad de los órganos del gobierno por su proceder en contra de la ley, aunque en concreto llegara a considerarse eficaz, sería inútil para indemnizar a la nación de los perjuicios que por razón de los actos ilegales de ellos llegara a sufrir.

Si esto no fuera así, el Banco demandado tendría que ser absuelto, porque el artículo 2233 del Código Civil no permite repetir intereses indebidamente pagados, pues se supone que quien así los paga tiene una obligación natural de pagarlos. Pero no este el caso de la nación, porque la voluntad de ésta no es como la de los particulares, a quienes les basta generalmente querer para que nazca el compromiso. La nación tiene que manifestar su consentimiento por medio de sus órganos naturales y de acuerdo con las prescripciones legales. Por esto se dice que la voluntad de las entidades de derecho público es exterior, es decir, que está determinada de antemano por los mandatos de la ley.

Como fundamento de lo sostenido en el punto 4° adujo lo siguiente:

Que no se concibe error sobre la forma de las liquidaciones, porque ninguno se puntualizó oportunamente por las oficinas de revisión de las cuentas, y que si hubiera habido alguno, él no sería de cuenta o puramente aritmético —que es corregible en cualquier tiempo, porque es cuestión de números— sino que sería la aplicación de un derecho que el Banco ha creído tener, de conformidad con las disposiciones de la ley que lo organizó y creó; que si éste procedió en contra de las disposiciones de los artículos 67 del Código Civil y 59 y 62 del Código Político y Municipal al adoptar la tabla comercial de 360 días sobre los días reales del año para la diquidación de los intereses, habría habido error de cuenta en el que habría incurrido el gobierno al apreciar y fenecer las cuentas, caso en el cual prosperaría la repetición de lo pagado, porque el gobierno desconocería a las oficinas reviseras de las cuentas las facultades que les confieren las leyes; pero que esto no es así porque si ellas procedieron por ignorancia, ésta no sirve de apoyo a las pretensiones de la demanda, ni se puede aceptar como vicio del consentimiento del gobierno un error de derecho, al tenor del artículo 1509 del Código Civil. Concluye diciendo que "si existe en la nación el derecho a repetir la suma indicada en la demanda y si esta obligación recae sobre el Banco de la República, no puede ser por causa de un error que en cualquier tiempo sea viable corregir, sino por

la falta de derecho o de causa en el Banco para hacer suya la cantidad correspondiente": pero que esto no es así porque el Banco ejerció un derecho conferido en la ley que lo organizó y porque hubo acuerdo entre las partes para poner en práctica el sistema de liquidación.

Se considera:

Los puntos referentes al asentimiento de las oficinas de revisión quedaron contestados anteriormente, en el sentido de que si ellas como órganos del gobierno procedieron contra la ley, sus actos no pueden perjudicar a la nación, y, por consiguiente, el error en que haya incurrido el gobierno, de cuenta o de derecho, no puede lesionar el patrimonio de aquélla.

Respecto a lo demás hay que tener en cuenta que aunque el gobierno podía, obrando de acuerdo con el Banco, corregir el error aritmético o de cuenta, no lo hizo, sino que —tal vez por causa del contrato sobre denuncio de bien oculto— optó por la vía de reclamar en juicio con el fin de obtener la repetición de lo que pagó de más por concepto de intereses.

Para ampliar la proposición contenida en el punto 2º sostiene que el procedimiento que adoptó el Banco para la liquidación de los intereses está o estuvo sancionada por la práctica bancaria o costumbre mercantil, reconocida por los Bancos de esta ciudad (excepción hecha del Banco de Londres y América del Sud) que la tuvieron sin que la Superintendencia Bancaria la hubiera objetado en sus visitas.

Se contesta:

Consta de autos que la pretendida costumbre sólo comenzó a practicarse en 1º de enero de 1932 y que fue a consecuencia de ella como se produjo la anomalía de pagarse por los deudores, en el lapso de cinco días en el año, intereses que no les eran abonados. Siendo la costumbre una norma o regla de derecho que se pone en vigencia por su continuado ejercicio dentro de la parte de la sociedad donde existe, para que se realice es necesario que se cumplan los requisitos que exige el artículo 2º del Código de Comercio, o sea, que los hechos constitutivos de la costumbre deben ser uniformes, públicos y reiterados por un largo espacio de tiempo, a juicio de los tribunales. Pudo realizarse el hecho que se invoca como constitutivo de la costumbre de un modo público o notorio, pero no fue repetido por un largo espacio de tiempo con capacidad de arraigar en el grupo comercial que lo practicaba.

El espacio de tiempo en el presente caso requería ser uno suficiente para que la costumbre hubiera arraigado y tenido una aceptación general, máxime cuando ella venía a continuar la ley, según este concepto del Superintendente Bancario:

"De conformidad con los artículos 198 del Código de Comercio, 67 del Código Civil, y 59 y 62 del Código Político y Municipal, por plazos de meses y años, se entienden los del calendario común y por día el espacio de veinticuatro horas. En consecuencia, esta oficina considera que cuando se estipula un interés anual, el año es de 365 o 366 días, según el caso. La práctica adoptada por ese establecimiento (se refiere al Banco de la República) y la mayoría de los Bancos del país de dos años a esta parte, que consiste en liquidar los intereses contando los días reales que tiene cada mes, pero aplicando para ello los factores que aparecen en la tabla de 360 días, puede ser objetada por cualquier interesado, aun después de recibida una liquidación, toda vez que ello implicaría, en concepto de esta oficina, un error de cuenta".

Este concepto está expresando claramente que la costumbre invocada no había arraigado de un modo general entre el grupo de la colectividad que debía practicarla, porque la Superintendencia Bancaria no sólamente es parte de ese grupo, sino que a su control está sometido lo referente a las prácticas bancarias; de modo que la falta de una aceptación general impedía el establecimiento de la costumbre contraria a la ley. Por lo demás, el espacio de tiempo en que se admitió el uso establecido por los Bancos no tuvo arraigo porque la declaración de bien oculto vino a destruír la eficacia de ese hecho.

En resumen: Se trata de una acción de repetición por el pago de lo no debido, llamada desde los tiempos de los jurisconsultos romanos "**condictio indebiti**".

Dice el artículo 2313 del Código Civil: "Si el que por error da hecho un pago, prueba que no lo debía, tiene derecho para repetir lo pagado". Y el 2315 de la misma obra dispone que "se podrá repetir aun lo que se ha pagado por error de derecho, cuando el pago no tenía por fundamento ni aun una obligación puramente natural".

Requiere, pues, la dicha acción: 1º El pago; 2º La falta de causa; 3º El error de hecho o de derecho de quien paga; 4º La ausencia siquiera de una obligación natural que pudiera autorizar una retención de lo indebidamente pagado.

Estas circunstancias existen en el asunto cuestionado, y, por consiguiente, la acción incoada es procedente, pero reduciéndola a lo que aparece comprobado y comprendido dentro de la resolución declaratoria del bien oculto y de los demás conceptos contenidos en el cuerpo de este fallo, conforme se ha explicado ya.

Ahora: tanto en la petición segunda de la demanda, como en la parte final de la subsidiaria, se pide condenación de intereses de las sumas que se declare debe reintegrar el Banco demandado desde que las causó a deber, citándose en apoyo de esta solicitud el artículo 2318 del Código Civil, que en lo pertinente dice: "Si ha recibido de mala fe debe también los intereses corrientes".

Una suma indebidamente pagada puede haberse recibido de buena o de mala fe. Recibe de mala fe el que sabe que la cosa no se le debe o cuando procede por un error de derecho, porque éste envuelve una presunción de mala fe que no admite prueba en contrario. Existiendo la mala fe, tiene que restituírse la cosa con los frutos o con los intereses corrientes desde el día en que el pago se verificó.

En el caso presente no ha habido mala fe, puesto que el cómputo de los 365 días se hacía en virtud de un error de hecho y no de derecho, pues no se producía porque se tuviera una noción equivocada de la ley sino de la apreciación de un concepto de que una liquidación podía verificarse de un modo distinto al en que en realidad debía hacerse; y no hay prueba que infirme la presunción de buena fe con que la ley favorece al deudor.

La indemnización de perjuicios tiene como fuente, tratándose de dinero, la mora en el pago (artículo 1617 del C. C.). De aquí, a primera vista, pareciera que, estando en mora el Banco al menos desde que contestó la demanda (art. 964 del C. C.), debería condenársele a los intereses legales a partir de la contestación. Pero ocurre observar que la indeterminación del principal constituye un tropiezo invencible en casos de éstos; porque un deudor, listo para el pago y deseoso de hacerlo, mal puede proceder a él mientras que la liquidación necesaria al efecto no haya hecho cesar la indeterminación.

Como en las presentes circunstancias, dicha indeterminación es un hecho, por los motivos explicados, la abstención de condenar al accesorio de intereses se impone, sin lugar a considerar el problema de si, en caso de haberse recibido de buena fe, son procedentes los intereses legales.

No hubo por parte del demandado temeridad en el rechazo de la acción, y por eso no se hará condenación en costas.

En mérito de lo discutido, 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:

Primero.—No se hacen las declaraciones contenidas en los puntos I, II y III de la demanda principal.

Segundo.—Declárase que el Banco de la República, sociedad anónima, representada por su gerente, es deudor a la Nación, y se le condena a pagarle a ésta la cantidad que, previa la tramitación del artículo 553 del Código Judicial, se compruebe ser el saldo líquido a cargo del Banco por concepto de pago de intereses hecho indebidamente por la Nación a virtud de contratos de empréstitos entre ésta como prestataria y dicho Banco como prestamista, dentro del período comprendido del primero de enero de mil novecientos treinta y dos y el día en que el señor Ricardo Núñez hizo su denuncio de bien oculto ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, lo que establecerá dentro de la tramitación del artículo 553 del Código Judicial.

Tercero.—No hay condenación por intereses ni por costas.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Pedro A. Gómez Naranjo, Aníbal Cardoso Gaitán, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Eleuterio Serna R. — Gustavo Gómez Hernández, Srio. en ppdad.

INDICE

Pág.

EDITORIAL.—Otros modos de adquirir el dominio.—Agustín Viliegas 1

COLABORACION JURIDICA. - Sociedades. Miguel Moreno Jaramillo 4

CORTE PLENA

RADIODIFUSION.—MONOPOLIO DE COMUNICACIONES TELEGRAFICAS: A QUE SE EXTIENDE.—ATRIBUCIONES DEL GOBIERNO EN MATERIA DE POLICIA ADMINISTRATIVA.—TEORIA GENERAL DE LA POLICIA ADMINISTRATIVA.—FINES, MOTIVOS Y MEDIOS DE POLICIA.—LA POLICIA ADMINISTRATIVA Y LAS LIBERTADES PUBLICAS. Se declaran inexequibles los artículos 41, 43 y otras disposiciones del Decreto Ejecutivo número 1385 de 21 de julio de 1935.—Magistrado ponente, Dr. Eduardo Zuleta Angel 8

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DR. PEDRO A. GOMEZ NARANJO.. 27

SALA DE CASACION EN LO CIVIL

OBJECIONES A UNA PARTICION Y SENTENCIA APROBATORIA DE ESTA.—No se casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio de sucesión de Francisca Nieto Ricaurte. — Magistrado ponente, Dr. Antonio Rocha 28

ACCION SOBRE PAGO DE PERJUICIOS. OBLIGACION CONDICIONAL. — Se casa parcialmente la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario seguido por José E. Alfonso contra el Ingenio Central de San Antonio.—Magistrado ponente, Dr. Antonio Rocha 31

OPOSICION AL DOMINIO Y POSESION DE UNA MINA.—No se infirma la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bucaramanga en el juicio ordinario seguido por The Bucaramanga Gold and General Mining Company Limited contra Jorge Vélez y otros.—Magistrado ponente, Dr. Ricardo Hinestrosa Daza 41

ACCION SOBRE DECLARACION DE EXISTENCIA DE UNA SERVIDUMBRE DE ACUEDUCTO Y ACCION DE CONDENA AL PAGO DE PERJUICIOS.—No se infirma la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior de Tunja en el juicio ordinario seguido por Guillermo y María Paulina Gouding contra Silvino Pinzón y otros.—Magistrado ponente, Dr. Ricardo Hinestrosa Daza 46

REIVINDICACION.—DERECHO DE RETENCION.—Se casa parcialmente la sentencia del Tribunal Superior de Pereira dictada en el juicio ordinario seguido por Guillermo Arana C. contra Hermenegildo García.—Magistrado ponente, Dr. Antonio Rocha 51

REIVINDICACION.—Se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cali en el juicio ordinario seguido por Leopoldo Becerra contra Esteban Tenorio.—Magistrado ponente, Dr. Ricardo Hinestrosa Daza.. 57

DEMANDA DE RESOLUCION DE UN CONTRATO.—LOS ACTOS JURIDICOS.—CONDICION RESOLUTORIA TACITA.—CONDICION RESOLUTORIA EXPRESA O PACTO COMISORIO.—CLAUSULA DE CADUCIDAD.—Se casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio ordinario seguido por Epifanio Hurtado contra Benjamín Martínez.—Magistrado ponente, Dr. Juan Francisco Mújica ... 63

REIVINDICACION.—No se infirma la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario seguido por María Francisca Hernández y Luis María Oliveros contra la sociedad Cine Colombia. Magistrado ponente, Dr. Liborio Escallón.. 67

DEMANDA DE NULIDAD DE UN CONTRATO DE COMPRAVENTA, DE NULIDAD DE UNA PARTICION, etc. No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio ordinario seguido por Rubén Uribe y otros contra la sucesión de Francisco Díez.—Magistrado ponente, Dr. Juan Francisco Mújica 72

DEMANDA DEL ARRENDATARIO PARA PAGO DE MEJORAS HECHAS EN LA FINCA ARRENDADA.—Se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario seguido por Manuel M. Peraza contra Carlos A. Dávila. Magistrado ponente, Dr. Juan Francisco Mújica 78

ACCIONES DE RESOLUCION DE UN CONTRATO Y DE RESTITUCION DE UNA FINCA.—Se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario seguido por Restrepo Uribe contra Alberto Acosta Ortega.—Magistrado ponente, Dr. Ricardo Hinestrosa Daza 82

ACTOS DE COMERCIO.—FUERZA PROBATORIA DE LOS LIBROS DE LOS COMERCIANTES.—JURAMENTO DECISORIO y JURAMENTO SUPLETORIO EN ASUNTOS MERCANTILES.—No se infirma la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Cali en el juicio ordinario seguido por Joaquín Rivera contra Obeso, Reyes, Nissen & Cía.- Magistrado ponente. Dr. Eduardo Zuleta Angel 90

PRUEBA DE LA FILIACION LEGITIMA

Pág.

MATERNA Y PRUEBA DE LA FILIACION LEGITIMA PATERNA. — PRESUNCION DE PATERNIDAD. — FUNDAMENTO Y ALCANCE DE ESTAS. — MATERNIDAD DISPUTADA. — PRUEBA DE HECHOS NEGATIVOS.—No se infirma la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Pasto en el juicio ordinario seguido por José María Navarrete y otros contra Rafael Paredes. Magistrado ponente, Dr. Eduardo Zuleta Angel 100

ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS Y DEMANDA DE PAGO.—Se casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Ibagué en el juicio ordinario seguido por Abisael Reina contra Francisco A. Castilla.—Magistrado ponente, Dr. Ricardo Hinestrosa Daza 108

DEMANDA DE CASACION POR SUPUESTA NULIDAD DEL JUICIO.—No se casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario seguido por Gertrudis Pulido Rubio contra Isaac Pulido J.—Magistrado ponente, Dr. Antonio Rocha 113

DEMANDA DE NULIDAD DE UN JUICIO, DE PETICION DE CARENCIA DE DERECHO DE LOS DEMANDADOS PARA PROMOVER UNA DEMANDA, SOBRE PAGO DE MEJORAS, PERJUICIOS, etc.—Se casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Ibagué en el juicio ordinario seguido por Antonio Rodríguez y otros contra Ignacio Rivas Putnam y otros.—Magistrado ponente, Dr. Liborio Escallón 115

TEORIA GENERAL DEL DOMICILIO.—DOMICILIO LEGAL; DOMICILIO DE ORIGEN; DOMICILIO DE ADQUISICION. CAMBIO DE DOMICILIO.—PRUEBA DEL CAMBIO DE DOMICILIO.—MODO DE DETERMINAR EL DOMICILIO ACTUAL DE UNA PERSONA.—Se casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Ibagué en el juicio ordinario seguido por el Municipio del Espinal contra el Municipio de Bogotá.—Magistrado ponente, Dr. Eduardo Zuleta Angel 122

SERVIDUMBRE LEGAL DE TRANSITO. PREDIOS QUE GOZAN DE LA SERVIDUMBRE LEGAL DE TRANSITO.—DOCTRINA CONTEMPORANEA SOBRE EL TITULO LEGAL DE DICHA SERVIDUMBRE.—MEDIOS NUEVOS EN CASACION. PRUEBA DE HECHOS NEGATIVOS.—Se casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Cali en el juicio ordinario seguido por Rosaura García contra Encarnación Aparicio v. de Barberena y otros.—Magistrado ponente, Dr. Eduardo Zuleta Angel 130

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DR. MIGUEL MORENO JARAMILLO.

Pág.

SERVIDUMBRE LEGAL DE TRANSITO.. 146

PETICION DE HERENCIA Y ACCION REIVINDICATORIA.—DECRETO DE POSESION EFECTIVA DE LA HERENCIA. No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Tunja en el juicio ordinario seguido por el Municipio de Tinjacá contra Elelas Peñarete y otros.—Magistrado ponente, Dr. Miguel Moreno Jaramillo 153

REIVINDICACION.—PRUEBA DE LA PROPIEDAD EN LOS JUICIOS DE REIVINDICACION.—No se infirma la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Buga en el juicio ordinario seguido por Rafael Burgos contra Pedro Antonio Valverde. Magistrado ponente, Dr. Eduardo Zuleta Angel 159

SIMULACION DE CONTRATOS.—Se casa parcialmente la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Cali en el juicio ordinario seguido por José María Vivas y socia contra Joaquín Lazo T.—Magistrado ponente, Dr. Miguel Moreno Jaramillo 163

SALA DE CASACION EN LO CRIMINAL

HOMICIDIO EN RIÑA.—No se infirma la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá en la causa por el delito de homicidio contra Francisco Valerio o Francisco Valeriano Sánchez.—Magistrado ponente, Dr. José Antonio Montalvo 176

LAS APELACIONES DE LOS AUTOS DE PROCEDER DEBEN FALLARSE POR LOS TRIBUNALES EN SALA DE DECISION. Se invalida la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá en la causa contra Juan Ramírez Garzón por homicidio, y en su lugar se anula lo actuado desde el auto de proceder dictado por el Tribunal.- Magistrado ponente, Dr. Pedro Alejo Rodríguez 178

SE DECLARA DESIERTO EL RECURSO DE CASACION.—Se declara desierto el interpuesto por el sentenciado Genaro Cervantes contra la sentencia del Tribunal Superior de Santa Marta en la causa que por homicidio se adelantó contra el recurrente por homicidio en la persona de Pedro Acuña. Magistrado ponente, Dr. Salvador Iglesias 180

AVISO IMPORTANTE 181

SALA CIVIL DE UNICA INSTANCIA

SOBRE UN BIEN OCULTO.—INTERESES INDEBIDAMENTE PAGADOS.—LA DECLARATORIA DE BIEN OCULTO NO SE DISCUTE ANTE EL PODER JUDICIAL. Se condena al Banco de la República a la devolución de unos intereses indebidamente pagados en virtud de demanda intentada por la Nación contra dicha entidad.—Magistrado ponente, Dr. Eleuterio Serna R. 182

GACETA JUDICIAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTOR: JULIAN MOTTA SALAS, RELATOR DE LA CORTE

TOMO XLIV — Bogotá, diciembre de 1936 — NUMERO 1916

"Saber las leyes non es tan solamente en aprender las letras dellas, mas en saber el su verdadero entendimiento".
(Siete partidas.—Ley XIII).

"Summa itaque ope, et alacri studio has leges nostras accipite".
(Prooemium Institutionum D. Justiniani).

JERARQUIA DE LAS LEYES

Julien Bonnecase

Primero brevemente en mi obrecilla "Ley de leyes"; luégo con alguna amplitud en el tomo III de mi obra "Sociedades" (Nº 336), y últimamente, por nuevas faces, en mi salvamento de voto a la sentencia de la corte sobre impuesto militar, publicado en el Nº 1892 de esta gaceta, he expuesto la doctrina de los artículos 40 y 41 del acto legislativo número 3 de 1910, haciendo un paralelo entre **inaplicabilidad e inexequibilidad.** En el salvamento dije que "en Francia hasta donde alcanzan mis informaciones, pues entiendo que ha habido una reacción en favor de la integridad constitucional— una vez votada y promulgada la ley, no existe poder espaz de juzgarla y anularla. Se la reputa constitucional". En el estudio del profesor Bonnecase, que en solo fragmentos reproduzco aquí, notará el lector cómo efectivamente los juristas franceses han reaccionado en favor de la jerarquía de las leyes, y cómo sostienen esa jerarquía por aplicación de las normas generales de derecho, a pesar de no existir en Francia un artículo como el 40 de nuestro acto legislativo número 3, según el cual en todo caso de incompatibilidad entre la constitución y la ley, se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales. Y, sin embargo, entre nosotros hay quienes sostienen todavía que no existe en Colombia la excepción de inconstitucionalidad de las leyes.—M. M. J.

Con la jerarquía de las leyes y con la excepción de inconstitucionalidad, abordamos un orden de ideas de alcance capital con respecto a la elaboración del derecho positivo y a las garantías de la libertad individual.

En los últimos tiempos este orden de ideas ha ocupado el primer rango en las preocupaciones de los autores de derecho público. Citaremos sus opiniones bajo la forma de extractos particularmente significativos.

En su tratado de derecho constitucional, el decano Duguit registra en nuestro derecho positivo actual la existencia de una "verdadera jerarquía de las leyes. Encima, la ley suprema, superior a todas las otras, la **declaración de los derechos.** Debajo de ésta, **las leyes constitucionales rígidas,** que le están subordinadas, pero que son superiores a las leyes ordinarias. Más abajo, estas últimas leyes, que no pueden dictar ninguna disposición contraria a las leyes constitucionales o a la declaración".

A fin de que nuestros jóvenes lectores puedan darse cuenta inmediatamente de estos tres términos —declaración de derechos, leyes constitucionales rígidas, leyes ordinarias— reproduciremos algunos extractos de las exposiciones decisivas consagradas a la materia por Duguit.

Escribe:

"El sistema de las declaraciones de derechos tiende a determinar los límites que se imponen a la acción del Estado, y por eso se formulan principios superiores que deben respetar tanto el legislador constituyente como el legislador ordinario. La declaración de derechos no crea estos principios superiores; los testimonia y los proclama solemnemente. Procediendo así, se piensa que el legislador, al conocer con exactitud los límites de su poder, no se atreverá a traspasarlos; se piensa así que pudiendo los ciu-

dadanos comparar a cada instante los límites puestos al poder del Estado con las leyes que él hace, le obedecerán con mayor fidelidad. Por lo demás, esta idea está expresada con nitidez en la declaración de derechos de 1789: "los representantes del pueblo francés han resuelto exponer, en una declaración solemne, los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre... a fin de que los actos del poder legislativo y los del poder ejecutivo, pudiendo ser comparados a cada instante con el fin de toda institución política, sean más respetados". Por tanto, la ley por excelencia, más fuerte que todas las otras, constitucionales u ordinarias, que no son sino una emanación de aquélla, que no valen alguna cosa sino en la medida en que se conformen a los principios que aquélla dicte, es la ley que contiene la enumeración de esos derechos individuales, es la declaración de los derechos".

Duguit pasa después de esto a la noción de las leyes constitucionales rígidas, y a propósito de ellas se expresa así:

"La mayor parte de los países, particularmente Francia y los Estados Unidos, practican el sistema de las leyes constitucionales rígidas. Distinguen dos categorías de leyes. Unas, las ordinarias, son hechas por el legislador ordinario, que interviene en las condiciones determinadas por la constitución y que puede en todo momento modificarlas, abrogarlas y suspenderlas. Sin duda mientras estén en vigor, el legislador debe conformarse a ellas, pero puede siempre cambiarlas o suprimirlas por una nueva ley. Las leyes constitucionales rígidas son hechas en una forma particular: habitualmente no son votadas por el legislador ordinario, y en los países en donde éste las hace, ellas son hechas en condiciones determinadas, siguiendo un procedimiento especial, variable desde luego. Estas leyes constitucionales no pueden ser modificadas o abrogadas sino en una forma especial, y el legislador ordinario no puede hacer una ley que les sea contraria. Está ligado por ellas, no puede ni modificarlas, ni abrogarlas, ni suspenderlas..."

Resulta, pues, de las conclusiones de Duguit, que la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789 posee todavía el valor positivo de una ley. El autor vuelve nuevamente sobre la cuestión.

Declara:

"En estas condiciones se ofrece una cuestión de derecho positivo francés que no podría pasarse en silencio. La de saber si la declaración de 1789 posee aún el valor positivo de una ley y si el legislador constituyente o el legislador ordinario, que legislaran en contradicción con los principios que ella formula, harían una ley contraria al derecho. No vacilo en responder afirmativamente por razones que se desprenden con nitidez de lo que precede. En 1789 se tenía la intención de redactar el pacto social de la Francia regenerada por la revolución, la ley fundamental que se impondría a todo legislador. En varias ocasiones, los hombres más escuchados de la asamblea nacional lo afirman netamente... La asamblea designada para regenerar a la Francia puede borrar todo el pasado, y por eso redacta ella de antemano el pacto social, como lo han hecho los constituyentes americanos que le sirven de modelo. Comprendida así la declaración de los derechos, es una verdadera ley, superior a las leyes ordinarias, y aun superior, lo repito, a la ley constitucional y bien distinta de ésta. Cómo pretender que la declaración de los derechos no tiene sino un valor doctrinal y no fuerza legislativa, cuando toda la legislación positiva no tiene, en la concepción individualista, valor y fuerza sino en cuanto sea la ejecución de los principios jurídicos formulados en la declaración? Cómo el texto que contiene el enunciado de esos principios no sería una ley? En la doctrina individualista, que es todavía la base de nuestro derecho positivo, la fuerza obligatoria de la ley deriva más de su conformidad a los principios propiamente de la voluntad nacional".

A riesgo de repetirnos consideramos que una verdadera jerarquía reina en el mundo de las leyes. Las declaraciones de derechos dominan las leyes constitucionales; a su turno éstas mandan a las leyes ordinarias. De esta jerarquía de las leyes se desprende al mismo tiempo una dependencia de las ramas del derecho, las unas respecto de las otras; el derecho constitucional las comprende a todas en alguna forma; el derecho privado y sus diversas ramas están a su vez encerrados en las disposiciones del derecho público, que constituyen la armadura del Estado y por ello mismo el radio de acción de la actividad legal de los particulares. Esta actividad encuentra su expresión positiva en las reglas del derecho privado; solamente éstas no pueden lógicamente ir ni contra los principios del derecho constitucional ni contra las disposiciones fundamentales del derecho administrativo.

Sea de ello lo que fuere, un solo punto atrae nuestra atención en este momento: la determinación de la influencia de las de-

claraciones de derechos y de las leyes constitucionales rígidas sobre las leyes ordinarias. Es evidente que éstas no deben poder hallarse en contradicción con las dos primeras, y que si se realiza lo contrario, una jurisdicción debe estar en capacidad de declarar la ley inconstitucional y rehusar aplicarla.

De esto deja testimonio Duguit en los siguientes términos:

"En el sistema de declaraciones de derechos, una asamblea reunida en condiciones excepcionales formula ciertos principios de derecho superior que se imponen al Estado, no sólo al poder legislativo ordinario sino también al poder legislativo constituyente, y toda ley, cualquiera que sea ella y sea cual fuere el órgano de donde emane, debe ser hecha conforme a estos principios. Si viola uno de ellos, es contraria al derecho y lógicamente ninguna obediencia se le debe. El sistema de las leyes constitucionales rígidas viene a completar el sistema de las declaraciones de derechos... Para que el sistema de las declaraciones de derechos y de las leyes constitucionales rígidas realice una protección verdaderamente eficaz del individuo contra las violaciones posibles del derecho por parte del Estado, es necesario que en el país existan jurisdicciones esclarecidas, independientes e imparciales; es necesario que se les reconozca competencia para rehusar la aplicación de una ley que juzguen contraria a los principios de la declaración de los derechos y a los preceptos de la constitución. Es necesario, en otros términos, que ante todas las jurisdicciones sea de recibo la excepción llamada de inconstitucionalidad..."

Concíbense, pues, dos sistemas para asegurar el respeto de las jerarquías de las leyes, también llamado de la constitucionalidad de las leyes: o la organización de una jurisdicción especial, llamada alta corte constitucional, o el derecho para los interesados de invocar ante los tribunales ordinarios la excepción de inconstitucionalidad y hacer declarar de un golpe inoperante la ley (1). No tenemos en Francia jurisdicción especial constitucional. Los autores de derecho público han, en consecuencia, predicado la existencia y el fundamento de la excepción de inconstitucionalidad.

Dice Duguit:

"Si no hay lugar a crear una alta corte ante la cual pudieran llevarse los recursos tendientes a obtener la anulación de una ley por inconstitucional, ¿no debe reconocerse a los tribunales competencia para apreciar la constitucionalidad de una ley invocada ante ellos y rehusar aplicarla si la juzgan inconstitucional? Examinando la cuestión teóricamente, abstracción hecha de las legislaciones positivas y de las dificultades que pueden suscitarse en la práctica, seguramente es necesario responder de un modo afirmativo. Los tribunales deben, ante todo, aplicar la ley, es decir, resolver conforme a la ley todas las cuestiones de derecho que les sean propuestas. Están ligados por la ley, por todas las leyes en vigor en un país dado, sin duda por las ordinarias, pero también y a fortiori por las superiores, escritas o no escritas, particularmente por las reglas consignadas en las declaraciones de derechos y en las leyes constitucionales. En los países endonde existe tal jerarquía de leyes, es incontestablemente lógico que en caso de conflicto entre la ley inferior y la ley superior, sea esta última la que deban aplicar los tribunales, los cuales rehusarán por lo mismo aplicar la ley inferior. Si hay contradicción entre la ley ordinaria, por una parte, y la ley constitucional o la declaración de derechos, por otra parte, el tribunal no puede aplicar la ley ordinaria. De la misma manera, si hay contradicción entre la ley constitucional y un precepto de la declaración de derechos, el tribunal deberá aplicar esta última y rehusar la aplicación de aquélla. Teóricamente, pues, todo litigante debe ser admitido a oponer ante el tribunal cualquiera excepción de inconstitucionalidad...".

La demostración de Duguit es más que convincente, y sin embargo, especialmente en Francia, los tribunales vacilan al acoger la excepción de inconstitucionalidad. Están como abrumados por el honor de ser así erigidos en guardas de la constitución. Pesa

(1) En Colombia están establecidos los dos sistemas simultáneamente, según los artículos 40 y 41 del acto legislativo número 3 de 1910, en esta forma:

"Artículo 40.—En todo caso de incompatibilidad entre la constitución y la ley, se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales".

"Artículo 41.—A la corte suprema de justicia se le confía la guarda de la integridad de la constitución. En consecuencia, además de las facultades que le confieren ésta y las leyes, tendrá la siguiente:

"Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los actos legislativos que hayan sido objetados como inconstitucionales por el gobierno, o sobre todas las leyes o decretos acusados ante ella por cualquier ciudadano como inconstitucionales, previa audiencia del procurador general de la nación".

sobre ellos el principio de la separación de los poderes.

Dice Hauriou:

"... ¿por qué se renunciaría a utilizar esta competencia y este poder del juez cuando se trata de controlar al poder legislativo en la confección de las leyes ordinarias, cuando hay una razón de derecho en no aplicar algunas disposiciones de esas leyes y cuando esta razón de derecho es la de que ellas estarían en contradicción con la superlegalidad constitucional? No es otra cosa que reglamentar el conflicto entre dos leyes que no son de una misma especie; es interpretar a la vez la ley constitucional y la ley ordinaria, ver si ellas son conciliables o no, y si no lo son, sacrificar la de rango inferior. La declaración de inconstitucionalidad de una ley no es de otra suerte que la declaración de ilegalidad de un reglamento administrativo" (2).

"Vamos más lejos: la ley constitucional misma no debe escapar al control del juez: hay ocasiones en que ese control podría ejercerse sobre ella. Por ejemplo, en la forma, una revisión de la constitución ha sido hecha de manera irregular, el procedimiento no ha sido observado, o bien, en el fondo, la enmienda a la constitución estaría en contradicción con esta legitimidad constitucional de que hemos hablado, que está por encima de la superlegalidad misma, porque ella se compone de principios y los principios están siempre por encima de los textos. ¿Por qué, después de todo, en el límite de sus poderes contenciosos, el juez no sería juez de la ley constitucional como lo es de la ley ordinaria y como lo es del reglamento? No hay razón de principio que se oponga a ello; bien al contrario, el principio general de que toda ley está bajo condición de aplicación por el juez, exige la solución afirmativa..." (3).

(2) Hoy tiene la corte suprema de Colombia, en defensa de la constitución y de acuerdo con el artículo 41 del acto legislativo número 3 de 1910, las funciones siguientes: decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los actos legislativos que han sido objetados como inconstitucionales por el presidente de la república; decidir definitivamente sobre la exequibilidad de las leyes acusadas ante ella, por cualquier ciudadano, como inconstitucionales, y decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los decretos presidenciales, también acusados ante ella por igual motivo y por cualquier ciudadano. Estas funciones no son exclusivamente judiciales. La misma corte, en cumplimiento de lo prescrito por el artículo 40 del acto legislativo número 3 de 1910, está en la obligación, como lo están otros funcionarios, de aplicar con preferencia las disposiciones constitucionales en todo caso de incompatibilidad entre éstas y las leyes o los decretos. Esta atribución sí es exclusivamente judicial.

(3) Con el fin de que este artículo no quedara demasiado largo, las citas de los autores han sido recortadas. Quien tenga interés en conocer completo el estudio de Bonnecase y completas las reproducciones de tales autores, puede leer la obra de aquél, "Introduction á l'Etude du Droit", págs. 125 y siguientes.

COLABORACION JURIDICA

SOCIEDADES

Miguel Moreno Jaramillo

TOMO IV

(continuación)

430.—Disuelta una sociedad conyugal por muerte de la socia, puede el ex-socio sobreviviente continuar enajenando bienes sociales?

La corte suprema de justicia, en sentencia de casación civil redactada por nosotros, dijo el 20 de mayo de 1936 lo que en seguida exponemos no sin advertir que los magistrados Escallón, Hinestroza Daza, Mújica y Zuleta Angel firmaron el fallo con las salvedades que insertaremos en el número siguiente.

Son éstos los hechos fundamentales de la demanda:

El 20 de abril de 1888 contrajeron matrimonio Pedro Guevara y Faustina Mosquera. La sociedad conyugal por ellos formada adquirió a título oneroso dos inmuebles que entraron al haber social y formaron uno solo por incorporación. El cónyuge Guevara compró esos dos inmuebles cuando era jefe y administrador de la sociedad. Esta quedó disuelta el 27 de diciembre de 1917, día en que murió la cónyuge Mosquera. Muerta la cónyuge, y antes que fuese liquidada la sociedad, el cónyuge sobreviviente vendió dos lotes del inmueble a Blanca María y María Guevara, el 22 de diciembre de 1925. Blanca María vendió a Roberto Sánchez M. el 16 de enero de 1929 la parte del inmueble que a ella le correspondió. Sánchez M. es actual poseedor. Pedro Guevara murió el 13 de enero de 1926. José Gregorio Guevara, hijo legítimo del Guevara y la Mosquera, cedió a César Vargas los derechos en las sucesiones de sus padres. El cesionario Vargas demandó a Sánchez M. en juicio de reivindicación. El juzgado del circuito de Popayán hizo las declaraciones de dominio y de restitución. El tribunal, por sentencia fechada el 12 de febrero de 1935, confirmó el fallo de primera instancia. El poseedor vencido interpuso recurso de casación. La corte se negó a casar el fallo.

Consideró y dijo:

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

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 transferir el dominio, y por otra la capacidad e intención de adquirirlo.

Esta definición exige en el tradente tres condiciones subjetivas, a saber: que sea due-

ño de la cosa; que tenga la facultad de transferir 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 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 aquélla 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.

. . . . . .

. . . . . .

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 obtenga 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 o 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 reivindicarla.

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 cualquiera de sus dos 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.

. . . . . .

. . . . . .

Con apoyo en las anteriores razones, cree la corte que el tribunal no ha violado, como lo estima el recurrente, los artículos 660, 740, 756, 759, 1896, 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.

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 1ª y 2ª, 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 proceden al caso en estudio. El tribunal no ha dicho que el cónyuge no deba a la sociedad los perjuicios que á 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 del 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.

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.

431.—Las salvedades de los magistrados Escallón, Hinestrosa Daza, Mújica y Zuleta Angel, a que aludimos en el número anterior, dicen así:

"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 en 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 juicio 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 aquélla a que se acaba de aludir, hallan que el caso de ese pleito es distinto del caso del 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".

En el número siguiente, 432, insertaremos parte del extracto que el relator de la corte, doctor Julián Motta Salas, hace de la sentencia a que se alude en las anteriores salvedades, pronunciada por la corte, también el 20 de mayo de 1936, en el juicio ordinario entre Ernesto González Piedrahita y Apolinar Guzmán, sentencia en que fue ponente el magistrado doctor Eduardo Zuleta Angel y en que salvaron su voto el magistrado Rocha y el autor de este libro. Asimismo incorporaremos el salvamento de estos dos magistrados, en el número 433.

CORTE PLENA

Acta de la sesión ordinaria del día 2 de julio de 1936

Presidencia del Magistrado Dr. Pedro Alejo Rodríguez

A las cuatro de la tarde se abrió la sesión, estando presentes los señores magistrados, excepción hecha de los doctores Antonio Rocha y Eduardo Zuleta Angel, debidamente excusados.

. . . . . .

Se procedió a la elección de suplentes de los magistrados de los Tribunales Superiores de los Distritos Judiciales de Manizales, Pereira, Bogotá, Bucaramanga y San Gil. Fueron nombrados por la presidencia escrutadores los magistrados doctores Hinestrosa Daza y Moreno Jaramillo.

Para el Tribunal de Manizales se obtuvo el siguiente resultado, por unanimidad:

Sala Civil:

1º—Juan Pinzón
2º—Ovidio Ospina
3º—Alejandro Duque T.

Sala en lo Penal:

1º—Manuel Lombana V.
2º—J. Enrique Gartner
3º—Carlos Vásquez
4º—Aníbal López
5º—Gilberto Villegas.

Para el Tribunal de Pereira:

Nueve (9) votos por los siguientes señores:

1º—Carlos Alzate López
2º—Jaime Mejía Marulanda
3º—Gabriel Vallejo Palomino,

y un voto por la siguiente lista:

Carlos Alzate López
Jaime Mejía Marulanda
Jorge Roa Martínez.

Para el Tribunal de Bogotá:

Ocho (8) votos por la siguiente lista:

Sala Civil:

1º—Carlos Espinel
2º—Manuel Antonio Silva
3º—Próspero del Río
4º—Carlos Rico M.
5º—Juan Carreño Padilla
6º—Arturo Acosta Soto
7º—Gonzalo González Palma.

Sala Penal:

1º—Gabriel Paredes
2º—Emiliano Aldana
3º—Carlos Julio González V.
4º—Roberto Hernández Ortega.

Y un voto por esta lista, con la sola alteración de no figurar el señor Juan Carreño Padilla; y un voto en que en vez del señor Gonzalo González Palma se vota por el señor Julio Restrepo Toro.

Para el Tribunal de Bucaramanga:

Siete (7) votos por los siguientes señores:

1º—Leonardo Martínez Collazos
2º—Luis García Prada
3º—Pedro Elías Hernández
4º—Luis F. Ramírez.

Y dos votos por el señor Manuel Barrera Parra en vez del señor Luis F. Ramírez.

Para el Tribunal de San Gil:

Ocho (8) votos por los siguientes señores:

1º—Guillermo Hansen
2º—Aurelio Camacho
3º—Luis María González
4º—Pedro Nel Rueda.

La Corte declaró legalmente elegidos suplentes de los magistrados de los Tribunales Superiores de Manizales, Pereira, Bogotá, Bucaramanga y San Gil, a los señores

que obtuvieron en la elección la mayoría exigida por la ley.

Siendo las 6 y 30 minutos de la tarde se dio por terminada la sesión.

El presidente,

Pedro Alejo Rodríguez

El secretario,

Emilio Prieto Hernández

CORTE PLENA

Acta de la sesión ordinaria del día 23 de julio de 1936

Presidencia del Magistrado Dr. Pedro Alejo Rodríguez

Presentes todos los señores magistrados se declaró abierta la sesión a las 4 de la tarde.

.....

Se procedió a la elección de suplentes de los magistrados de los Tribunales Superiores, siendo nombrados escrutadores para toda la sesión los señores magistrados doctores Hinestrosa Daza y Moreno Jaramillo. En este momento se hallaba ausente el magistrado doctor Rocha.

La elección se verificó en el orden siguiente:

Para el Tribunal de Cali:

Sala de lo Civil. Once (11) votos por la siguiente lista:

1º—Carlos Navia Belalcázar
2º—Carlos Arturo Escobar Q.
3º—Gabriel Esguerra, que obtuvo diez (10) votos.

Sala de lo Penal. Once (11) votos por la siguiente lista:

1º—Alvaro Caicedo Martínez:
2º—Francisco A. Magaña
3º—Luis Enrique Bernat.

Para el Tribunal de Buga. Once (11) votos por la siguiente lista:

1º—Benjamín Zabala
2º—Pedro Pablo Murgueitio
3º—Alfonso Aragón
4º—Antonio Montoya Payán.

El señor Benjamín Zabala solamente obtuvo diez (10) votos, y el señor Miguel Pombo, un voto para primero.

Para el Tribunal de Barranquilla. Once (11) votos por la siguiente lista:

1º—Pedro Otero D'Acosta
2º—Héctor Silva Herrera
3º—Luis María García.

Para el Tribunal de Santa Marta. Once (11) votos por la siguiente lista:

1º—Roberto Castañeda.
2º—Roberto Martínez Robles
3º—Armando L. Fuentes.

Para el Tribunal de Medellín:

Sala de lo Civil. Once (11) votos por la siguiente lista:

1º—Bernardo Echeverri
2º—Alfonso Orozco R.
3º—Manuel Franco Rodrigues
4º—Carlos Uribe W.

Sala en lo Penal. Once (11) votos por la siguiente lista:

1º—Wenceslao Facio Lince
2º—Gabriel Botero Díaz
3º—Rafael Isaza Moreno
4º—Luis Angel Zapata
5º—Francisco Echeverri.

La Corte declaró legalmente elegidos para suplentes de los magistrados de los Tribunales Superiores de Cali, Buga, Barranquilla, Santa Marta y Medellín, a los señores atrás nombrados y en el orden determinado, para el presente período.

A las 6 y 30 minutos de la tarde se levantó la sesión.

El presidente,

Pedro Alejo Rodríguez

El secretario,

Emilio Prieto Hernández

CORTE PLENA

Acta de la sesión ordinaria del día 30 de julio de 1936

Presidencia del Magistrado Dr. Pedro Alejo Rodríguez

A las 4 de la tarde, estando presentes los señores magistrados, a excepción del magistrado doctor Cardoso Gaitán, debidamente excusado, se abrió la sesión.

. . . . . .

Se continuó en seguida con la elección de suplentes de los magistrados de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, siendo nombrados escrutadores para toda la sesión los H. Magistrados doctores Gómez Naranjo y Escallón. Dichas elecciones dieron el siguiente resultado:

Para el Tribunal de Ibagué. Once (11) votos por la siguiente lista:

1º—Lisandro E. Carvajal
2º—Alonso París Bonilla
3º—Ismael Zorillo Ferreira
4º—Jorge Sanabria
5º—José Vicente Morales.

Para el Tribunal de Neiva. Ocho (8) votos por la siguiente lista:

1º—Camilo Rincón Lara
2º—Néstor Arce Perdomo
3º—José Hilario Cuéllar
4º—Alberto López Herrera.

Y tres (3) votos por esta lista:

1º—Camilo Rincón Lara
2º—Néstor Arce Perdomo
3º—José Hilario Cuéllar
4º—Roberto Caicedo.

Para el Tribunal de Cartagena. Ocho (8) votos por la lista siguiente:

1º—Manuel Pineda Garrido
2º—Abel Brieva H.
3º—Miguel Angel Royo
4º—Florencio Mercado Barrera
5º—Salomón Ursola Sierra
6º—Joaquín Gómez Reynero.

Hubo un voto por una lista en que figura como tercer suplente el señor Esaú Conde Ribón y 2 en blanco.

Para el Tribunal de Tunja. Nueve (9) votos por la siguiente lista:

Sala Civil:

1º—Manuel Roa Bernal
2º—José Miguel Pinto
3º—Juan Evangelista Medina

Sala Penal:

1º—Juan N. Mojica
2º—Francisco Castellanos
3º—Juan de Jesús Pineda
4º—Campo Elías Niño.

Hubo dos (2) votos en blanco.

La Corte declaró elegidos a aquellos cuyos nombres figuran en las listas que obtuvieron unanimidad o mayoría en las respectivas votaciones para suplentes de los Magistrados de los Tribunales que se dejan mencionados.

A las 6 de la tarde se levantó la sesión.

El presidente,

Pedro Alejo Rodríguez

El secretario,

Emilio Prieto Hernández

CORTE PLENA

Acta de la sesión ordinaria del día 20 de agosto de 1936

Presidencia del Magistrado Dr. Pedro Alejo Rodríguez

A las 4 de la tarde se abrió la sesión, con asistencia de todos los señores magistrados.

. . . . . .

El señor magistrado presidente dispuso que se procediera a la elección de suplentes de los magistrados del Tribunal Superior de Popayán, para el período en curso, siendo nombrados escrutadores los HH. Magistra-

dos doctores Gómez Naranjo y Zuleta Angel.

La Corte decidió que la elección se hiciera separadamente, primero para la Sala de lo Civil y luégo para la Sala Penal. Abierta la votación para la Sala Civil del Tribunal, dio como resultado doce (12) votos por la siguiente lista:

1º—Germán León
2º—Alejandro Cerón
3º—Lucio A. Balcázar.

La Corte los declaró elegidos.

Abierta la votación para la Sala Penal, los magistradoes oscrutadores dieron cuenta del siguiente resultado: seis (6) votos por la siguiente lista:

1º—Neftalí Narváez
2º—Juan B. Negret
3º—Jorge F. Fory
4º—Jaime Bonilla Plata.

Cinco (5) votos por la siguiente lista:
1º—Octavio Valencia
2º—Alcides Cabrera
3º—Rodolfo Ruiz Castro
4º—Jaime Bonilla Plata.

Y un voto por la lista siguiente:

1º—Octavio Valencia
2º—Juan B. Negret
3º—Jorge E. Fory
4º—Jaime Bonilla Plata.

En atención a que esta lista también se halla encabezada con el nombre del señor Octavio Valencia, y que contiene, además, el nombre del señor Jaime Bonilla Plata, se decidió que era el caso de considerar tal voto como emitido en favor de la segunda de las listas mencionadas, con aplicación del art. 10 de la ley 7ª de 1932.

Como en estas circunstancias las listas primera y segunda obtuvieran igual número de votos, es decir, seis, optó la Corte por someterlas a la suerte. Insaculadas dos papeletas, la una con el nombre del señor Octavio Valencia y la otra con el del señor Neftalí Narváez, se decidió que el secretario extrajera una de estas papeletas, y la lista encabezada con el nombre del señor Octavio Valencia resultó favorecida.

La Corte declaró, pues, elegidos magistrados suplentes de la Sala Penal del Tribunal Superior de Popayán, a los siguientes señores:

1º—Octavio Valencia
2º—Alcides Cabrera
3º—Rodolfo Ruiz Castro
4º—Jaime Bonilla Plata.

. . . . . .

A las 6 y 30 p. m. se levantó la sesión.

El presidente,

Pedro Alejo Rodríguez

El secretario,

Emilio Prieto Fernández

DEMANDA DE INEXEQUIBILIDAD DE LOS ARTICULOS 6º Y 7º DEL DECRETO NUMERO 136 DE 1932

Habiendo sido dictado ese decreto con sujeción a las autorizaciones extraordinarias concedidas por el Congreso al Poder Ejecutivo en leyes que no han sido declaradas inconstitucionales, no lo es el decreto basado en ellas. Además, las pensiones han tenido y tienen el carácter de gracias o recompensas gratuitas y no de derechos civiles. Como gracias, son modificables por el legislador.

Corte Suprema de Justicia.—Corte Plena. Bogotá, noviembre veintisiete de mil novecientos treinta y seis.

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

El señor Carlos Abondano Rizo demandó la inexequibilidad de algunas disposiciones del decreto Nº 136 de 1932, por considerarlas inconstitucionales y violatorias de sus derechos civiles, por cuanto la pensión vitalicia de que disfruta como descendiente del prócer José Silverio Abondano, le fue reducida de sesenta pesos a treinta pesos mensuales, de acuerdo con el decreto demandado. El Magistrado sustanciador, de conformidad con lo pedido por el señor Procurador General de la Nación, rechazó la demanda por no estar precisada en ella la acción con claridad suficiente. Posteriormente el señor Abondano, por medio de su apoderado doctor Pablo L. Acevedo, determinó así la acción en demanda de 10 de junio pasado:

"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 declaréis inexequibles los artículos 6º y 7º del Decreto Nº 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".

La demanda fue admitida por la Corte y de ella se corrió traslado al señor Procurador General de la Nación, como lo ordena el artículo 41 del Acto Legislativo Nº 3 de 1910.

Como se ve por la parte transcrita del libelo, la acción se contrae a pedir la declaratoria de inconstitucionalidad de los artículos 6º y 7º del Decreto Legislativo Nº 136 de 1932, que dicen así:

"Artículo 6º Suspéndese indefinidamente el reconocimiento de nuevas pensiones por causa de la guerra de la independencia".

"Artículo 7º Desde el 1º de enero en curso, la cuantía de las pensiones que devengan los descendientes de los próceres, serán las siguientes: $ 35 mensuales para los hijos; $ 30 para los nietos, y $ 25 para los biznietos".

Considera el demandante que el artículo 6º del Decreto, que suspende definitivamente el reconocimiento de pensiones por causa de la guerra de la independencia, viola el precepto constitucional de la separación de los poderes públicos, porque invade las facultades judiciales del Consejo de Estado, y cita como especialmente violados los artículos 57 y 62 de la Constitución y 1º del Acto Legislativo del año de 1914. Con relación a la inconstitucionalidad del artículo 7º, el demandante apoya la acción en el artículo 31 de la Constitución, que decía lo siguiente:

"Los derechos adquiridos con justo título con arreglo a las leyes civiles por personas naturales o jurídicas, no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública, resultaren en conflicto los derechos de particulares con la necesidad reconocida por la misma ley, el interés privado deberá ceder al interés público. Pero las expropiaciones que sea preciso hacer requieren plena indemnización con arreglo al artículo siguiente".

Esta disposición fue derogada expresamente con arreglo al artículo 34 del Acto Legislativo número 1 de 1936 y sustituida por el artículo 10 del mismo, que es del siguiente tenor:

"Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título, con arreglo a las leyes civiles, por personas naturales o jurídicas, los cuales no pueden

ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de particulares con la necesidad reconocida por la misma ley, el interés privado deberá ceder al interés público o social.

"La propiedad es una función social que implica obligaciones.

"Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación, mediante sentencia judicial e indemnizacón previa.

"Con todo, el legislador, por razones de equidad, podrá determinar los casos en que no haya lugar a indemnización, mediante el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara".

Confrontadas las dos disposiciones, se observa que en lo relativo a la garantía de los derechos adquiridos son idénticas, y por tanto, el estudio del problema no ofrece dificultad en relación con el precepto constitucional que rige sobre la materia.

El Decreto Nº 136 de 1932, sobre asignaciones civiles y sobre reducciones en el presupuesto de gastos del año citado, fue dictado por el Presidente de la República en uso de las facultades concedidas por las leyes 99 y 119 de 1931. Los considerandos hablan de la necesidad de mantener el equilibrio entre los ingresos y los gastos públicos, por el descenso general de todas las rentas.

El artículo 4º de la Ley 99 de 1931, estableció lo siguiente:

"De conformidad con lo dispuesto por el ordinal 10 del artículo 76 de la Constitución Nacional, revístese al Presidente de la República de facultades extraordinarias para tomar las medidas financieras y económicas que sean precisamente indispensables para conjurar la crisis porque atraviesa el país. Pero el Gobierno no podrá, en virtud de estas autorizaciones, establecer monopolios que no hayan sido decretados por leyes anteriores".

De estas facultades podía el Presidente de la República hacer uso hasta el 31 de diciembre de 1931. Pero la Ley 119 de 1931, prorrogó el plazo hasta el 31 de julio de 1932.

Por consiguiente, el Decreto 136 fue dictado dentro del plazo señalado y con sujeción a las autorizaciones extraordinarias concedidas por el Congreso, ya que la reducción de las asignaciones del presupuesto estaba dentro de las medidas financieras y económicas indispensables para conjurar la crisis. Por este aspecto, las disposiciones acusadas se ajustan a los preceptos constitucionales.

Para apreciar los fundamentos de la demanda de inexequibilidad de los artículos 6º y 7º del Decreto Nº 136 de 1932, es importante hacer algunas consideraciones sobre el carácter jurídico de las pensiones que otorga el Estado, con especialidad de las concedidas a los descendientes de próceres de la Independencia, que es a las que se refieren los artículos acusados.

El señor Carlos García Oviedo, en su libro Instituciones de Derecho Administrativo, al tratar de la índole jurídica de las pensiones, las hace figurar entre los "derechos pasivos" y sostiene que la pensión no se deriva de un concepto o sistema de ahorro, ni de un título de propiedad, sino del propio oficio, y que "los derechos pasivos son, como el sueldo, parte de la renta que a los empleados asigna el Estado". Y agrega que éste puede introducir en ellos las modificaciones que a su interés convenga y aumentarlos o disminuírlos. Observa el doctor Luis Felipe Latorre que la aplicación de este último concepto a las pensiones, se justifica plenamente, porque de lo contrario podría presentársele el absurdo de que en el caso de que se impusiera una baja de los sueldos, el pensionado gozara de un provento mayor que el asignado a quien está prestando el servicio.

El precepto constitucional invocado por el actor trata del respeto a los derechos adquiridos con justo título con arreglo a las leyes civiles. Según la definición del artículo 1º del Código Civil, derechos civiles son los que emanan de las leyes civiles, que son las que determinan "los derechos de los particulares, por razón del estado de las personas, de sus bienes, obligaciones, contratos y acciones civiles". Se ha estimado que las pensiones no tienen el carácter de derechos civiles, porque son gracias otorgadas por la Nación por medio de leyes administrativas, que pueden ser modificadas por el legislador.

La Corte ha sostenido de manera constante que las pensiones otorgadas conforme a la legislación colombiana, han tenido y tienen el carácter de gracias o recompensas gratuitas que la Nación concede a ciertas personas a quienes se considera que se han he-

cho acreedoras a ellas, por servicios importantes, sin que se haya creído nunca que esas gracias se obtengan como derechos civiles que la República tenga obligación de reconocer y pagar como parte civil, y que si en algún tiempo se han dictado leyes que autoricen a determinada entidad para su reconocimiento y han señalado ciertos procedimientos para otorgarlas en algunos casos, es claro que esa tramitación ha sido únicamente con el fin de buscar la equidad y de saber quiénes la merecen para poder asignarlas con relativo acierto a los que son acreedores a ellas, pero no porque el acto del otorgamiento constituya un derecho adquirido con justo título, conforme a las leyes civiles del país. Esta doctrina tiene su apoyo en el contexto de las leyes sobre pensiones y recompensas dictadas desde la Ley 50 de 1886. Entre los principales fallos de la Corte en que se ha sostenido esta doctrina figuran los de 6 de junio de 1916, 16 de diciembre de 1916, 13 de agosto de 1926, 23 de febrero de 1927 y 7 de julio de 1927.

También el Consejo de Estado al estudiar el carácter jurídico de las pensiones ha sostenido la doctrina anterior, como puede verse en las siguientes transcripciones:

"Derechos adquiridos son los que hacen parte del patrimonio de una persona, y no pueden ser revocados por aquel de quien se derivan, como los que emanan de relaciones contractuales, los que confiere un testamento cuyo autor ha muerto y los que tienen los herederos de una sucesión intestada abierta. Las gracias que se otorgan por la ley en forma de pensiones, sólo son facultades que se ejercen mientras rige la ley que las concede, pero que pueden ser revocadas o modificadas por el legislador, puesto que al otorgarlas no lo hizo en virtud de una obligación civil. Esas facultades sólo constituyen derechos adquiridos respecto de los actos y durante el tiempo que se han ejercido, esto es, en cuanto a los hechos consumados; en todos los demás casos son una mera expectativa, que de acuerdo con lo establecido en el artículo 17 de la Ley 153 de 1887, pueden ser cercenadas o anuladas por la ley posterior". (Sentencia de 8 de noviembre de 1921).

"Las pensiones y recompensas tienen el carácter de una concesión, que no advienan al patrimonio del beneficiado como los derechos civiles ordinarios. Jamás podrá sostenerse que se adquieran como derechos civiles. Si la Nación puede suspender su reconocimiento, si puede aumentar o disminuir su cuantía, es porque ellas no están fundadas en título irrevocable, ni que el derecho a ellas se origine solamente en actos de la libre voluntad de quien las solicita y obtiene. Por tanto no puede sostenerse que tal derecho sea esencialmente patrimonial, y por consiguiente no pertenece a la categoría de los que traen a sí la protección constitucional". (Sentencia de 16 de marzo de 1932).

Las doctrinas mencionadas de la Corte y del Consejo de Estado tienen su cabal aplicación en el caso que se estudia, en que no se trata de pensiones remuneratorias de servicios prestados directamente por los beneficiados, sino de las concedidas a los descendientes de próceres, por servicios que éstos prestaron en la guerra de la independencia, pensiones en las cuales resalta con mayor nitidez el carácter de gracias o recompensas gratuitas concedidas por el Estado.

Los artículos citados por el demandante como apoyo a la solicitud de inconstitucionalidad del artículo 6º, no estima la Corte que hayan sido violados por la referida disposición, la cual es exequible, lo mismo que el artículo 7º, de conformidad con lo expuesto. Por consiguiente, se debe negar lo pedido en la demanda, sin entrar a considerar las argumentaciones relativas a acciones distintas de la que consagra el artículo 41 del Acto Legislativo Nº 3 de 1910.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, reunida en Sala Plena, de acuerdo con el señor Procurador General de la Nación, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley y en ejercicio de la facultad concedida por el artículo 41 del Acto Legislativo Nº 3 de 1910, declara que no son inexequibles los artículos 6º y 7º del Decreto Nº 136 de 1932.

Dése cuenta al señor Ministro de Gobierno.

Cópiese, notifíquese, publíquese, insértase en la GACETA JUDICIAL y archívese el expediente.

Pedro Alejo Rodríguez, Liborio Escallón, Eleuterio Serna R., Aníbal Cardoso Gaitán, Pedro A. Gómez Naranjo, Ricardo Hinestrosa Daza, Salvador Iglesias, José Antonio Montalvo, Antonio Rocha, Juan Francisco Mújica, Miguel Moreno J., Eduardo Zuleta Angel, Emilio Prieto Hernández, Srio. int.

SALVAMENTO DE VOTO

de los magistrados Montalvo y Moreno Jaramillo

Las ideas jurídicas del congreso han sufrido fundamental mudanza. Mientras en el año de 14 se concedieron al presidente facultades precisas, concretas, delimitadas, en el año de 31 le fueron otorgadas unas atribuciones vagas, generales e indefinidas. Si alguno lo dudare, sírvase comparar la ley 126, expedida con motivo de la crisis que desató la guerra europea, con las leyes 99 y 119, dictadas con el propósito de hacer frente a la crisis por que en esa época atravesaban nuestro país y el mundo entero. Este criterio de la precisión duró hasta que fueron dictadas las leyes 99 y 119, en que las "precisas facultades" de la carta fundamental llegaron a ser facultades extraordinarias para tomar las medidas financieras y económicas "precisamente indispensables" para conjurar la crisis. Conforme a la ley 99, no podía el presidente hacer cuanto quisiese. Apenas lo que era imposible dispensar en aquella época de apuros económicos y angosturas fiscales. Lo inevitable. Lo que debía ejecutar obligado de la crisis. Lo que hiciera falta para conjurarla. Las medidas "necesariamente indispensables" debían tomarse en forma necesariamente transitoria. Y, sin embargo, los acusados artículos 6º y 7º del decreto Nº 136 de 23 de enero de 1932 envuelven medios permanentes: la suspensión indefinida del reconocimiento de nuevas pensiones por causa de la independencia y la rebaja de las que devengan los descendientes de próceres. No negamos que el presidente podía suspender PRO TEMPORE el reconocimiento de pensiones y PRO TEMPORE rebajar las ya decretadas, pero no entendemos cómo le fuera permitido adoptar medidas perdurables.

La ley 99 de 1931 invistió al presidente de la república, por el término de un año, de facultades extraordinarias para tomar las medidas financieras y económicas precisamente indispensables en orden a conjurar la crisis por que atravesaba el país.

La ley 119 del mismo año prorrogó hasta el 31 de julio de 1932 el plazo para el ejercicio de esas facultades.

Acusados algunos de los artículos de esas dos leyes, la corte declaró que no eran inexequibles en el concepto de la acusación. Salvaron sus votos el magistrado José Miguel Arango y los conjueces Eduardo Rodríguez Piñeres y Luis Eduardo Gacharná. La sentencia y los salvamentos están publicados en el número 1866 de GACETA JUDICIAL, correspondiente al 26 de marzo de 1934.

Invocando esas mismas dos leyes, el presidente de la república dictó el decreto Nº 136 de 23 de enero de 1932, sobre asignaciones civiles y reducciones en el presupuesto de gastos.

Los artículos 6º y 7º de ese decreto dicen así:

"Artículo 6º—Suspéndese indefinidamente el reconocimiento de nuevas pensiones por causa de la guerra de la independencia".

"Artículo 7º—Desde el 1º de enero en curso, la cuantía de las pensiones que devenguen los descendientes de los próceres, serán las siguientes: $ 35.00 mensuales para los hijos; $ 30.00 para los nietos, y $ 25.00 para los biznietos".

Carlos Abondano Rizo acusó de inconstitucionales los dos preceptos copiados, y la corte, en sentencia de esta fecha, los declaró exequibles.

Aunque de acuerdo con algunas de las consideraciones hechas por la sala plena al motivar el fallo, hemos votado negativamente su parte resolutiva. De ahí que, con el mayor acatamiento por nuestros colegas, debamos expresar las razones de nuestro voto.

Las ideas jurídicas del congreso han sufrido fundamental mudanza.

Mientras en el año de 14 se concedieron al presidente facultades precisas, concretas, delimitadas, en el año de 31 le fueron otorgadas unas atribuciones vagas, generales e indefinidas. Si alguno lo dudare, sírvase comparar la ley 126, expedida con motivo de la crisis que desató la guerra europea, con las leyes 99 y 119, dictadas con el propósito de hacer frente a la crisis por que en esa época atravesaban nuestro país y el mundo entero.

El proyecto que sirvió de base a la ley 126 fue hecho por los senadores Uribe Uribe, Molina y Vélez. Pasado en comisión al senador Cadavid, éste lo devolvió con un informe en que, luégo de conceptuar que la

precisión admite grados y que basta señalar los fines especiales a que hayan de encaminarse las medidas extraordinarias, presentó un pliego de modificaciones en virtud de las cuales se autorizaba al presidente para que, oído el concepto del consejo de ministros, dictase e hiciese aplicar cualesquiera medidas que estimase necesarias, o de evidente conveniencia, para conjurar, corregir o atenuar la crisis. A pesar de la enorme autoridad del senador Cadavid, el senado reaccionó contra la tésis sustentada por el notable jurisconsulto, y tuvo éste que pedir permiso para retirar su pliego. La licencia le fue otorgada luégo al punto.

Con la sola guía de nuestros propios recuerdos, podemos decir que por lo menos diez veces, del año de 10 al de 31, se invistió de facultades extraordinarias al presidente de Colombia.

Precisas facultades en las ocho primeras ocasiones; vagas facultades en las dos últimas veces.

Precisas fueron las facultades de la ley 59 de 1910, para reducir el presupuesto dentro de ciertos límites, reorganizar oficinas, suprimir empleos inútiles, crear plazas necesarias y fijar sueldos no mayores que las sumas votadas en el cuadro de apropiaciones.

Precisas fueron las facultades de la ley 85 de 1910, para rebajar sueldos dentro de ciertos porcentajes y para reducir el presupuesto hasta en seis millones de pesos.

Precisas fueron las facultades de la ley 25 de 1914, para eliminar o disminuír gastos no urgentes, posponer los no relativos al servicio de la administración y de la deuda pública, trasladar partidas presupuestales y abrir créditos sin los requisitos del código fiscal.

Precisas fueron las facultades de la ley 126 de 1914, para gravar en cierta medida y dentro de ciertas barreras, el tabaco extranjero, los licores destilados extranjeros, las bebidas fermentadas extranjeras, el champaña, los perfumes y los naipes; para reorganizar la renta de timbre y papel, con derecho a hacer doble impuesto; para gravar en determinada escala la exportación de oro, de platino y de maderas; para gravar la pesca mayor en los mares territoriales; para acuñar hasta dos millones de pesos en moneda de plata; para reducir sueldos, suprimir empleos y reorganizar oficinas; para arreglar la administración de los nuevos impuestos creados por la ley, y para hacer los gastos que demandara su cumplimiento.

Precisas fueron las facultades de la ley 69 de 1917, para gravar con un centavo cada envase o envoltura de preparaciones medicinales, con medio centavo las cajitas de fósforos, con un centavo cada litro de algunas bebidas, y para elevar a cinco centavos por cada kilogramo de peso, el gravamen sobre vinos extranjeros.

Precisas fueron las facultades de la ley 3 de 1926, para suprimir o reducir los derechos de aduana, y demás adicionales a ellos, sobre ciertos artículos taxativamente enumerados; para suprimir o reducir el derecho de tonelada y el impuesto fluvial sobre los mismos artículos, y para dictar medidas tendientes a evitar el monopolio o el acaparamiento de víveres.

Precisas fueron las facultades de la ley 89 de 1928, para poner en vigencia el artículo 1º de esa misma ley, referente a cómputo de fracciones en el impuesto de pasajes, a cierta excepción en estos impuestos y al pago por aforos mensuales.

Precisas fueron las facultades de la ley 81 de 1931, para restablecer el gravamen de importación que antes pesaba sobre el petróleo, la bencina y la gasolina, y para refundir en una tasa única de derecho de aduana los impuestos de tonelada, de sobordo y de timbre nacional sobre importación de mercancías al país.

Precisas, invariablemente precisas.

Este criterio de la precisión, confirmado con numerosas citas, duró hasta que fueron dictadas las leyes 99 y 119 de 1931, en que las "precisas facultades" de la carta fundamental (artículo 76, ordinal 10º) llegaron a ser facultades extraordinarias para tomar las medidas financieras y económicas "precisamente indispensables" para conjurar la crisis (artículo 4º, ley 99).

En el artículo 76, ordinal 10º, de la constitución nacional, el epíteto "precisas" modifica a "facultades", por lo cual éstas han de ser puntualizadas y fijas.

En el artículo 4º de la ley 99 de 1931, el epíteto "precisas" se convirtió en adverbio y pidió un adjetivo. Se habló entonces de "precisamente indispensables" y fue ya el presidente, no el congreso, quien puntualizó y fijó las medidas.

No es el caso de averiguar si el artículo 4º, ordinario, contraría al artículo 76, constitucional, porque ya la corte declaró, en la sentencia aludida, que aquél es una norma exequible, al menos en el concepto de la acusación.

Sin entrar a medir la trascendencia de ese fallo de inexequibilidad proferido por la corte, nos parece lo más práctico estudiar el al-

cance del artículo 4°, ajustándonos a su texto.

El presidente fue facultado para tomar las medidas financieras y económicas "precisamente indispensables" en orden a conjurar la crisis por que atravesaba el país. No podía él hacer cuanto quisiese. Apenas lo que era imposible dispensar en aquella época de apuros económicos y angosturas fiscales. Lo inevitable. Lo que debía ejecutar obligado de la crisis. Lo que hiciera falta para conjurarla.

Así lo comprendió el presidente cuando en los considerandos del decreto 136 de 1932 hace notar que de lo que se trata es de mantener el equilibrio entre los ingresos y los gastos públicos, roto por las disposiciones sobre arancel aduanero. Dice que aun cuando el ejecutivo ha creado nuevos impuestos y elevado la tarifa de algunos de los existentes, esos ingresos no darán en los primeros meses un rendimiento que alcance a compensar el descenso en la renta de aduanas. Observa que se impone la reducción de los gastos, a fin de que las ordenaciones mensuales guarden armonía con el rendimiento de las rentas, pues si continúan haciéndose por la duodécima parte, puede crearse un déficit quizá no salvable en el curso de la vigencia. Agrega que las rebajas se justifican, no sólo para mantener el equilibrio del presupuesto, sino también por el descenso de las rentas privadas, del precio de los servicios y del costo de la vida. Finalmente, se reserva la facultad de ir restableciendo los servicios suprimidos y elevando nuevamente las asignaciones rebajadas, "cuando durante un término prudencial, dentro de la vigencia, las rentas nacionales dejen rendimientos por lo menos equivalentes a los cómputos del presupuesto".

Todos esos considerandos —equilibrio presupuestal, transitoria disminución en las aduanas, posible déficit fiscal, etc., etc.— hacen ver que las medidas "necesariamente indispensables" debían tomarse en forma necesariamente transitoria. Y, sin embargo, los acusados artículos 6° y 7° del decreto envuelven medios permanentes: la suspensión indefinida del reconocimiento de nuevas pensiones por causa de la independencia y la rebaja de las que devengan los descendientes de próceres.

Fue así como para un mal transitorio, la crisis, se aplicaron remedios definitivos.

No negamos que el presidente podía suspender pro tempore el reconocimiento de pensiones y pro tempore rebajar las ya decretadas; pero no entendemos cómo le fuera permitido adoptar medidas perdurables.

Al ejercer las facultades extraordinarias ha de obrar el presidente con suma cautela en cuanto concierne a la duración de las medidas que adopte, porque no pudiendo eliminar éstas después de vencido el período de aquéllas, se corre el peligro de que lleguen a ser permanentes los remedios transitorios.

Bogotá, noviembre 27 de 1936.

Miguel Moreno J.
José Antonio Montalvo

SALVAMENTO DE VOTO
del Magistrado Aníbal Cardoso Gaitán

Estoy de acuerdo con el fallo de la Corte en cuanto declara exequible el artículo 6º del decreto número 136 de 1932 —que suspendió indefinidamente el reconocimiento de nuevas pensiones por concepto de la guerra de Independencia—, pero porque estimo que el Gobierno, al obrar en ejercicio de facultades extraordinarias, bien podía decretar esa suspensión con el carácter de indefinida sin lesionar derechos, por considerar que ya hoy las pensiones a favor de los descendientes de próceres no tienen el carácter de retributivas o remuneratorias.

No pienso igual cosa respecto de la rebaja en la cuantía de las pensiones ya decretadas, a que se refiere el artículo 7º del mismo decreto, porque el reconocimiento legal de tales pensiones creó una situación jurídica concreta en favor de los beneficiarios.

Lo que no se opone a la constitucionalidad de una medida de emergencia tomada por el Gobierno en función legislativa que disminuyera temporalmente la cuantía de las pensiones, y en esto me hallo identificado con los señores Magistrados Moreno Jaramillo y Montalvo, cuando afirman en su salvamento que al artículo 7º del decreto acusado le faltó la indicación de un término para su vigencia, la que debía ser transitoria y no permanente.

Me parece que coincidimos los señores Magistrados Moreno Jaramillo, Montalvo y yo, al pensar que si la rebaja del monto de las pensiones ya decretadas debía ser temporal, es porque ellas constituyen una situación jurídica digna de respeto.

El derecho administrativo contemporáneo proclama la necesidad de moderar el rigor de la aplicación estricta de las estipulaciones contractuales cuandoquiera que circunstancias imprevistas en el momento en que se pactó, vienen a producir una perturbación de hecho tan honda, que si no imposibilita absolutamente el cumplimiento del contrato, sí lo hace en extremo gravoso para una de las partes, la que al cumplirlo así se afectaría en sumo grado, con detrimento de la equidad contractual.

En un orden de ideas análogo, el Estado como entidad de derecho público puede encontrarse en idénticas circunstancias, imprevistas y extraordinarias, que hacen en extremo gravoso el cumplimiento normal de sus obligaciones, al punto que al pretender satisfacerlas pondría en grave peligro intereses de orden general como son los que están afectos a la prestación regular de los servicios públicos.

Pero la temporalidad de una medida de esta clase exige que ella cese tan pronto como desaparezcan las graves circunstancias que la motivaron. Y la disposición contenida en el artículo 7.º no está limitada, en su vigencia, a un tiempo determinado.

Bogotá, noviembre 27 de 1936.

Aníbal Cardoso Gaitán

SALA DE CASACION EN LO CRIMINAL

CASACION POR DESACUERDO ENTRE LA SENTENCIA Y EL AUTO DE PROCEDER

Cuando el auto de proceder por homicidio acepta en sus considerandos que el hecho fue ejecutado en las circunstancias especiales que contemplan los artículos 604 o 605 del Código Penal, si la sentencia aplica luégo la pena señalada por el artículo 600, tal sentencia es incongruente con el auto de proceder y debe infirmarse por la causal 4ª de casación.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, cinco de agosto de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente, Dr. José Antonio Montalvo)

Tanto el Fiscal del Tribunal de Buga, doctor C. Alfonso Ramírez Torres, como el doctor Luis Zabala Lince, defensor de oficio del procesado, interpusieron recurso de casación contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de aquel Distrito Judicial con fecha treinta de marzo de mil novecientos treinta y cinco, por la cual se le impuso a Manuel Ramírez la pena de seis años de presidio.

Uno y otro recurrente invocaron la causal 4ª de casación, 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".

El auto de proceder hizo mérito, en su parte motiva, de que al cometer el delito de homicidio el procesado, lo hizo en el acto mismo de recibir un golpe por parte del que luégo murió.

Consecuente con la tesis del enjuiciamiento, el juzgado incluyó dicha circunstancia en el cuestionario que propuso al jurado de calificación, redactado en los términos siguientes:

"El acusado Manuel Ramírez (a. el Diablo) es responsable, conforme al auto de proceder, de haber dado muerte voluntariamente a Gonzalo Valencia por medio de una herida causada con cuchillo y situada sobre el séptimo espacio intercostal, herida que interesó el corazón, hecho ejecutado por Ramírez en el acto mismo de recibir un golpe, el día veintiocho (28) de mayo de mil novecientos treinta y tres (1933), en el barrio de 'El Molino', de esta ciudad?"

Y el Jurado respondió:

"Sí es responsable, pero por causa de las ofensas anteriormente recibidas, no por las recibidas en el acto mismo".

Por dos veces propuso el juzgado este cuestionario y dos jurados diferentes lo contestaron en igual forma. La repetición del jurado se debió a que el Tribunal declaró notoriamente injusto el veredicto del primero de esos jurados.

Sobre el segundo veredicto, intocable ya por expresa disposición legal, profirió sentencia el juez 1º superior de Buga, doctor Cayetano Rengifo Illera, en veintiuno de enero de mil novecientos treinta y cinco. Dicha sentencia, muy bien meditada por cierto, señaló como disposición aplicable de la ley, la del artículo 605 del Código Penal, y, calificando en segundo grado la delincuencia, impuso al procesado la pena de seis meses de prisión.

Como la causal de casación invocada fue la 4ª, lo que le corresponde a la Corte es examinar si el fallo recurrido está en desacuerdo con el veredicto del jurado, o si no está en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder.

No podría sostenerse categóricamente la conformidad ni la disconformidad de la sentencia con el veredicto del jurado. No la conformidad, porque dada la manera como se propuso el cuestionario, que habla del "hecho ejecutado por Ramírez en el acto mismo de recibir un golpe", y la respuesta del jurado, que no se pronuncia contra la circunstancia del golpe y concreta su explicación al asunto de las ofensas (las hubo también de palabra), la norma por excelencia que se presentaba al Tribunal para la interpretación del veredicto, era el texto del cuestionario sometido al jurado.

Tampoco sería equitativo contribuír a la sentencia una clara disconformidad con el veredicto, porque la respuesta del jurado al distinguir entre ofensas anteriores y ofensas actuales respecto del homicidio, planteó una situación equívoca o cuando menos ocasionada a interpretaciones diferentes por parte del sentenciador.

Para los jueces de derecho es clara la distinción entre el caso de homicidio provocado por golpes y el de homicidio provocado por ofensas: artículos 605 y 604 del Código Penal. Pero el jurado, que no tiene en mira estas distinciones legales, emplea en sus respuestas palabras no técnicas, sino las que él considera como expresión más fiel de su pensamiento.

¿En el presente caso, al hablar el jurado de "ofensas", quiso limitar su concepto a las de palabra, o englobó las de palabra y las de hecho que precedieron al homicidio, y entre ellas, el golpe de que habla el cuestionario?

Sería por lo menos aventurado absolver este interrogante en el sentido de que el jurado quiso excluír el golpe asestado por Valencia a Ramírez en el momento mismo del homicidio. En todo caso, cualquier duda al respecto habría que resolverla a favor del procesado.

Pero el no estar la sentencia en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder sí es asunto que resulta de manera clara en los autos. El enjuiciamiento dijo:

"Está, pues, Ramírez en la situación muy favorable de haber consumado el homicidio en un arrebato de ira producido por las ofensas de palabra y de obra que le hizo el que murió, todo lo cual se sucedió casi simultáneamente; es decir, que entre el motivo determinante y la reacción homicida no hubo solución de continuidad. Por tanto, concurren en este caso las condiciones del acto mismo, ya que, como dice el tratadista Alimena, 'la ira y el dolor deben estallar en un ímpetu, pues —atento el legislador a la causa y al efecto— se exige aquella condición psíquica anormal, en la que la conciencia se encuentra oscurecida y la voluntad carece de freno'. Y más adelante observa el penalista: 'La atenuante subsiste, aun cuando se busque la ocasión y el motivo de reaccionar, siempre que, en realidad, la reacción tenga lugar durante el ímpetu'."

Al aplicar la sentencia el artículo 600 del Código Penal, que trata del homicidio simplemente voluntario en que no concurren las circunstancias enunciadas en el párrafo transcrito del auto de proceder, incurrió en incongruencia con éste, cuyos considerandos colocan claramente el caso dentro del artículo 605 del Código Penal.

El recurso de casación interpuesto prospera, pues, por este aspecto de la causal 4ª, artículo 3º de la ley 118 de 1931; y las razones que se dejan expuestas sirven para rebatir la tesis del señor Procurador General de la Nación, quien solicitó se mantenga firme el fallo recurrido.

En 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, infirma la sentencia del Tribunal Superior de Buga fechada el treinta de marzo de mil novecientos treinta y cinco, que impuso a Manuel Ramírez la pena de seis años de presidio, y en su lugar condena al mismo Manuel Ramírez, calificando para ello su delincuencia en segundo grado, a la pena de seis (6) meses de prisión, que sufrirá en el establecimiento designado por el Gobierno, computándose el tiempo que haya permanecido en detención preventiva.

Condénase, además, a Manuel Ramírez a la pérdida del arma con que delinquió, la cual se aplicará al Estado como multa, y al pago de las costas procesales.

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.

ABSOLUCION DEL QUE MATA POR UN "IMPULSO INCONTROLABLE"

Aun cuando el veredicto principie por la palabra SI, puede ser en el fondo absolutorio, según la explicación que el Jurado agregue.

No es responsable el que mata en un acto reflejo producido por un choque nervioso o, como dijo el Jurado, "en estado de ofuscación mental y bajo la presión incontrolable de un impulso".

Este difiere mucho del acto primo causado por el arrebato súbito e impensado de una pasión violenta, de que habla el numeral del art. 587 del Código Penal.

Y si el homicida fue irresponsable, si el hecho no debe imputársele moralmente sino sólo físicamente, falta uno de los elementos del llamado cuerpo del delito: que el hecho sea CRIMINOSO Y PUNIBLE (art. 1512 del Código Judicial) y la sentencia condenatoria es casable por la causal 3ª

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, seis de agosto de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente, Dr. José Antonio Montalvo)

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga dictó, el veintitrés de octubre de mil novecientos treinta y tres, sentencia condenatoria contra Manuel José Gálvez, en la cual le impuso la pena de seis años de presidio por el delito de homicidio simplemente voluntario en la persona de Rubén Bedoya. Reformó así el Tribunal la sentencia de primera instancia que había condenado a Gálvez a siete años de presidio: el juez, ejercitando la facultad de que trata el inciso 3º del artículo 124 del Código Penal, al aplicar el mínimo de la pena imponible por homicidio voluntario, aumentó una sexta parte de la diferencia entre el máximo y el mínimo, aumento que el Tribunal descartó.

El defensor del procesado interpuso casación "por estar la sentencia de segunda instancia en desacuerdo con el veredicto del jurado", y en el mismo escrito solicitó del señor Procurador que coadyuvara el recurso interpuesto.

La parte sustancial del escrito de casación dice así:

"Fundo este recurso de casación en la causal que enumera el ordinal 3º del art. 3º de la citada ley 78 de 1923, por estar la sentencia de segunda instancia en desacuerdo con el veredicto del jurado.

"En efecto, el jurado expresó su veredicto diciendo que Gálvez es responsable del homicidio perpetrado en la persona de Rubén Bedoya procediendo por un movimiento incontrolable que lo privó del ejercicio de la voluntad, circunstancias que no están enumeradas en ninguno de los casos del art. 587 del Código Penal sino en el caso previsto por el art. 29, ordinal 1º del nombrado Código de las penas, que hace excusable la imputación.

"Como se ve, el H. Tribunal en su sentencia de 2ª instancia, de acuerdo en parte con el señor Juez de la 1ª instancia considera que mi defendido ejecutó el hecho tachado de criminoso y punible en un acto primo, o sea en el arrebato súbito e impensado de una pasión, y por tanto lo condena, de acuerdo con el art. 600 del mismo Código a sufrir la pena de seis años de presidio. Empero, paso por la pena de manifestar que, según el veredicto del jurado, el hecho no se cometió en un acto primo, sino en un estado en que el acusado quedó privado de la voluntad para obrar, cosa muy diferente, esencialmente distinta, de lo que afirmó el Juez de hecho. Y como esta diferencia de apreciación en el veredicto del jurado de lo que estima la defensa le acarrea a Gálvez una penalidad que no merece, fundo el recurso en la causal de estar la sentencia recurrida en desacuerdo con el veredicto del jurado".

El señor Procurador General de la Nación rebate la tesis del recurrente, pero opina que se infirme el fallo recurrido, no en virtud de la causal 4ª como lo pide el recurrente (quien no obstante el contenido de su escrito, por error de pluma citó la causal 3ª), sino en virtud de la causal 1ª Dice el señor Procurador que al casar la sentencia del Tribunal, debe aplicarse la disposición del artículo 602, no la del 600 del Código Penal, sin llegar al extremo de absolver al procesado, como de manera implícita lo pretende el recurrente.

El cuestionario que se sometió al Jurado es del tenor siguiente:

"El acusado Manuel José Gálvez es responsable, conforme al auto de proceder, de haber dado muerte voluntariamente y en un

acto primo, a Rubén Bedoya por medio de una herida de escopeta, localizada en el riñón izquierdo, hecho ocurrido el día veintiocho de julio de mil novecientos treinta y tres, en el Corregimiento del Naranjal, del Municipio de Bolívar (V.)?"

El Jurado contestó:

"Sí, pero en estado de ofuscación mental y bajo la presión incontrolable de un impulso".

El problema planteado a la Corte es, en el fondo, el de la interpretación del veredicto.

Para el señor Procurador General de la Nación debe leerse entre líneas, en la decisión del jurado, que el homicida obró provocado por Rubén Bedoya; para el Tribunal sentenciador, el veredicto coloca la acción de Gálvez en el caso contemplado por el numeral 6º del artículo 587 del Código Penal, es decir, "por causa de un acto primo, o sea el arrebato súbito e impensado de una pasión"; y en sentir del abogado recurrente, se trata de la situación prevista por el numeral 1º del artículo 29 del Código Penal que declara excusable y no sujeto, por consiguiente, a pena alguna, al "que se halle en estado de verdadera demencia o locura al tiempo de cometer la acción, o privado involuntariamente del uso de su razón".

Observa la Corte, ante todo, que la explicación dada por el Jurado en su veredicto, no puede reputarse inocua.

La clave de los hechos materia de este proceso es la declaración del ofendido Rubén Bedoya, quien dijo lo siguiente:

"Anoche como a eso de la seis de la tarde, estando yo en La Torre, finca del señor Antonio Henao, y con motivo de la riña que éste tuvo con Manuel Gálvez, el cual fue víctima de la muerte, yo viendo esto salí inmediatamente a darle aviso a su familia, que dista de allí una hora más o menos por ser el camino muy malo y ser de noche. Eran más o menos las siete de la noche, cuando llegué a la citada casa de la familia del finado Manuel Gálvez (hijo) y al llegar a la casa como a una distancia de dos cuadras más o menos, grité llamando al señor Manuel Gálvez, padre del finado, y me contestaron que no estaba allí, que dizque estaba en 'Calamonte', y yo me acerqué entonces a la casa y le dije a su señora esposa de don Manuel: 'Su hijo es muerto', y al yo decir esto sentí el tiro de una escopeta, el cual me hizo blanco en el pulmón derecho, y a la detonación del disparo, el caballo, por supuesto, se asustó y brincó y caí yo al suelo y estando en el suelo se abanlanzó sobre mí el señor Manuel Gálvez (padre) con una peinilla machete y me dio varios planazos, y como yo estaba impedido para pelearle, le dije: 'Vea don Manuel, no me mate, vea cómo mató a su mejor amigo inocente' y en éstas me preguntó él que quién era el que había matado a Manuel y yo le contesté que don Antonio Henao, y oí la voz de la señora del señor Gálvez que dijo en la cocina, tal vez sí sería ese bandido el que mató a mi hijo, y entonces yo le supliqué a don Manuel que me ayudara a montar en el caballo y éste no quiso sino que se entró para adentro".

En las varias providencias de fondo dictadas en el proceso, así como en los escritos del recurrente y en las vistas emitidas por el Ministerio Público, se reconoce de manera uniforme la existencia del factor sicológico que el jurado definió o concretó así: "en estado de ofuscación mental y bajo la presión incontrolable de un impulso". La discrepancia radica en el valor que deba atribuírsele a la perturbación síquica sufrida pro el procesado.

Para la Corte es muy expresivo el vocablo "incontrolable" de que se valió el jurado al hablar de la presión que, en sentir del mismo jurado, produjo el "impulso" homicida. La ofuscación mental del actor y la consiguiente pérdida de su propio control coloca precisamente el caso en una de las hipótesis contempladas por el artículo 29 del Código Penal.

La Corte no acoge la tesis del señor Procurador General de la Nación, porque ni el jurado declaró que Gálvez hubiera dado muerte a Bedoya provocado por éste, ni los autos dan asidero a reputar este hecho como verosímil. La provocación, en el sentido en que el Código Penal la toma, envuelve la idea de ofensa, objetiva o al menos subjetivamente, y en el caso de que trata la sentencia recurrida no hubo ofensa por parte de Bedoya, ni motivo para que Gálvez se sintiera ofendido. Lo que hubo fue, como recalcan los autos de proceder y las sentencias, que al darle Bedoya a Gálvez la noticia de la muerte de su hijo, en Gálvez se produjo la anómala reacción emotiva que el Jurado consideró impulso incontrolable.

La palabra "Sí" con que principia el veredicto debe estimarse afirmativa de la imputabilidad, que es un punto fuera de discusión en el proceso, y la explicación agregada a ese "Sí" es cabalmente la negación de la responsabilidad.

En estas condiciones, es preciso interpretar como absolutorio el veredicto.

Tampoco puede acogerse la tesis del sentenciador, porque el acto primo causado por el arrebato súbito e impensado de una pasión, es diferente del acto reflejo producido por un choque nervioso, por la presión incontrolable de un impulso, como el jurado dijo. El numeral 6º del artículo 587 es aplicable cuando se trata de un arrebato de pasión que no alcanza a obnubilar por completo las facultades del agente; pero cuando el movimiento o impulso es incontrolable, mal puede calificarse el hecho como voluntario.

Por tanto, este recurso debe prosperar en virtud a la causal 3ª invocada por el abogado recurrente, lo cual exime a la Corte de entrar en el análisis de la causal 1ª a que alude el señor Procurador.

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 Superior del Distrito Judicial de Buga, fechada el veintitrés de octubre de mil novecientos treinta y cinco, y en su lugar absuelve a Manuel José Gálvez de los cargos que fueron motivo de este proceso.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente.

José Antonio Montalvo, Salvador Iglesias, Pedro Alejo Rodríguez. Alberto Male Baños, Srio. en ppd.

VEREDICTO QUE FIJA LA CUANTIA EN UN DELITO DE ROBO

Si el Jurado, por propia iniciativa, y sin que el cuestionario haya concretado el monto pecuniario del delito, fijara caprichosamente una cuantía que no tuviera antecedente alguno en los autos, extralimitaría su facultad de apreciación.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, ocho de agosto de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente, Dr. José Antonio Montalvo)

Recurre en casación Ramón Numa Alvarez contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona que lo condenó a trece años, cuatro meses y quince días de presidio, por el delito de robo.

Alega las causales 1ª, 3ª y 5ª de casación.

El señor Procurador General de la Nación se opone a que la Corte infirme el fallo recurrido.

El alegato de casación explica los puntos de vista del recurrente en cuanto a la tercera causal, pues las otras dos las estima accesorias o consecuenciales de aquélla, como lo dice el párrafo que a continuación se copia:

"De ahí la razón de las otras causales (1ª y 5ª), pues se me prodiga una pena en relación con la cuantía de $ 2,246.45, que no aparece establecida, aplicando, por tanto, indebidamente el art. 785 del C. Penal en cuanto se impone mes y medio de presidio por cada $ 25 de una cantidad que no se ha podido precisar hasta ahora".

Nótese ante todo que respecto de la causal 5ª nada hay que decir, porque la cuestión de injusticia notoria del veredicto no fue debatida en las instancias, y éste es un requisito indispensable para que pueda estudiarse aquella causal, como lo dice en su vista el señor Procurador General de la Nación.

En cuanto a la primera causal, sostiene el recurrente que de manera indebida se le impuso el aumento ordenado por el artículo 785 del Código Penal, puesto que durante el juicio flaqueó la prueba referente a la cuantía. Como se ve, el aspecto por el cual se propone esta causal, viene a incidir en el de la mala apreciación de la prueba del cuerpo del delito, que se pasa a examinar.

Causal 3ª—El auto de enjuiciamiento y, por consiguiente, el cuestionario propuesto al jurado, señalaron como cuantía de delito o valor de las mercancías robadas, la suma de $ 7,090.25; los miembros del Jurado estuvieron acordes en declarar la responsabili-

dad del procesado, pero entre ellos hubo discrepancia respecto del guarismo o cantidad de dinero en que debiera fijarse el monto del robo. El juzgado resolvió reunir de nuevo al Jurado para que concretase su veredicto en cuanto a este punto en que discrepaban los pareceres, y el jurado se pronunció definitivamente en el sentido de limitar el valor de lo robado a la cantidad de $ 2,246.45. Es de advertir que la minoría del jurado insistió en atenerse a la suma señalada por el cuestionario, tres veces mayor que lo puesto en el veredicto por el jurado de mayoría.

El recurrente no niega la existencia del delito de robo; la responsabilidad del procesado por ese delito no es cuestión que se esté debatiendo ante la Corte; y el fundamento que se le atribuye a la causal, enfoca únicamente este punto: siendo la cuantía de lo robado uno de los elementos del cuerpo del delito de robo, el veredicto del jurado no puede tener fuerza probatoria para que el juez de derecho lo estime demostrado.

Al analizar esta tesis, en relación con la sentencia que es materia del recurso, observa la Corte.

Si el Jurado, por propia iniciativa, y sin que el cuestionario haya concretado el monto pecuniario del delito, fijara caprichosamente una cuantía que no tuviera antecedente alguno en los autos, extralimitaría su facultad de apreciación.

Pero si el Jurado emite un veredicto sencillamente afirmativo sobre el cuestionario que el juez le propone y en el cual expresa la cuantía del delito; si este cuestionario es fiel trasunto del auto de proceder, y si el auto de proceder, a su vez, se funda en las pruebas del sumario, no podrá decirse que en tal caso la prueba del cuerpo del delito consiste en el veredicto; de suerte que la sentencia fundada en tal veredicto, tampoco podría acusarse por el concepto de errónea apreciación de la prueba del cuerpo del delito, puesto que no fue la decisión del jurado sino otros elementos probatorios del proceso los que vinieron a servirle al juez de derecho para estimar probado el cuerpo del delito.

Y esto que se dice pensando en la hipótesis de un veredicto simplemente afirmativo del jurado, tiene mayor fuerza cuando lo que ha hecho el jurado no es crear arbitrariamente un guarismo, sino mermar el que el juez de derecho había señalado de antemano.

En estas condiciones, la explicación del jurado está expresamente autorizada por el artículo 48 de la ley 169 de 1896, que dice así:

"El Jurado resolverá por unanimidad la cuestión con las palabras Sí o No; pero si juzgare que se ha ejecutado por el acusado un hecho criminoso con circunstancias diversas, deberá expresarlo brevemente en la contestación".

Y no otra cosa fue la que hizo el Jurado en el caso que se debate: considerando que la cuantía no debía estimarse en $ 7,090.25 sino en $ 2,246.45, lo expresó así brevemente en su respuesta.

A 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, declara que no es el caso de infirmar, y no infirma, la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona, fechada el trece de septiembre de mil novecientos treinta y cinco, en donde se condena a Ramón Numa Alvarez a la pena de trece años, cuatro meses y quince días de presidio por el delito de robo.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la GACETA JUDICIAL, y devuélvase el expediente.

José Antonio Montalvo, Salvador Iglesias, Pedro Alejo Rodríguez, Alberto Maio Baños, Srio. en pp.

NULIDAD DEL PROCEDIMIENTO POR ERROR EN EL SORTEO DE JURADOS

Cuando en la diligencia de sorteo de jurados se incurre "en alguna equivocación tal, que no pueda saberse cuáles eran los designados que realmente debían formar el jurado", este error constituye causal de nulidad según el numeral 4º del artículo 265 de la ley 57 de 1887. Y no vale alegar en contra de tal nulidad la circunstancia de que el interesado no hubiese reclamado de ella en el acto del sorteo, porque dicho numeral no exige ese requisito sino en el otro evento allí contemplado, es decir, la falta de alguna formalidad de las que la ley señala para el sorteo. Prospera, pues, el recurso por esta causal y el procedimiento debe reponerse.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, septiembre catorce de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente, Dr. José Antonio Montalvo)

Contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín que impuso a Luis E. Muñoz la pena de seis años de presidio, intentó recurso de casación el defensor.

En el alegato enviado a la Corte invoca el recurrente las causales 1ª y 2ª de casación.

El señor Procurador delegado en lo penal se opone a la infirmación del fallo por los motivos alegados por el defensor, pero a su vez solicita la casación por considerar que la sentencia aplicó indebidamente el art. 87 del código penal cuando hizo una condenación oficiosa al pago de perjuicios.

Para resolver se considera:

Causal 2ª—Nulidad en el procedimiento. Propone así esta causal el recurrente:

"A fs. 74 v. se lee la diligencia de sorteo que se hizo con el fin de reemplazar a don Julio Solórzano V., designado que se ausentó de Medellín. Se sacó a la suerte un número, el 165. Este número corresponde a Echavarría M. Alejandro. Sin embargo, se escribió el nombre de Echeverri M. Alejandro y a este señor se le dio en traslado el juicio.

La prueba de la verdad que digo está escrita a fs. 95 v. Allí dice el señor Juez: '... Hubo error, lapsus, al extender la diligencia de sorteo... Y esto es verdad, es decir, en cuanto al lapsus'.

Más adelante se dice: 'El número 165 de la lista de designados corresponde, es cierto, al señor Echavarría M. Alejandro, y en aquella diligencia se asentó el nombre de Echeverri M. Alejandro, personas bien distintas en verdad'.

Según esto, el jurado que debió servir el cargo y quien debió estudiar el negocio fue el designado Echavarría M. Alejandro. Este señor era y es hábil, vive en Medellín, es persona muy conocida. A él señaló la suerte como juez de hecho".

Tanto el juzgado a quo como la Procuraduría de la Nación consideran que la irregularidad ocurrida en el sorteo parcial del folio 75 vuelto, no anula el procedimiento, por cuanto el señor Echeverri M. Alejandro, cuyo nombre se puso erróneamente en tal diligencia, no desempeñó en definitiva el cargo de jurado, pues habiendo alegado enfermedad, se le reemplazó en diligencia que obra al folio 78 vuelto, por el señor Rafael Herrán.

Es verdad que el señor Echeverri no fue jurado en la causa; pero también es innegable, puesto que el mismo juez lo declara en su sentencia, que el designado en la lista correspondiente al número 165, que fue el sorteado, no es el señor Echeverri, sino el señor Echavarría M. Alejandro. Así las cosas, dejó de darse traslado y hacerle servir el cargo al que verdaderamente había sido sorteado, lo cual equivale lógicamente al hecho de "haberse incurrido en la diligencia del sorteo en alguna equivocación tal, que no pueda saberse cuáles eran los designados que realmente debían formar el jurado".

Este error constituye causal de nulidad según el numeral 4º del art. 265, ley 57 de 1887. Y no vale alegar en contra de tal nulidad la circunstancia de que el interesado hubiese omitido reclamar sobre el asunto en el acto del sorteo, porque dicho numeral no exige ese requisito sino en el otro evento allí contemplado, es decir, la falta de alguna formalidad de las que la ley señala para el sorteo.

Prospera, pues, el recurso por esta causal y el procedimiento debe reponerse; y, de consiguiente, no es el caso de entrar en el

estudio de la causal 1ª, puesto que invalidada la sentencia por nulidad, desaparece la cuestión referente a errónea aplicación de la ley sustantiva, por el aspecto que propone el recurrente.

Hallándose el vicio que motiva la nulidad en la diligencia de sorteo parcial del folio 75 vuelto, podría pensarse, y así lo insinúa el abogado recurrente, que la reposición del proceso sólo debe hacerse a partir de esa diligencia. Pero como al tenor del numeral 5º, artículo 243 de la ley 57 de 1887, es impedimento para desempeñar el cargo de jurado en determinada causa "haber formado parte de un jurado reunido anteriormente en el mismo proceso", ninguno de los miembros del jurado que actuó en este negocio podría hacer parte del nuevo que ha de reunirse; y por tanto la reposición del procedimiento tiene que abarcar todo lo concerniente a sorteo de jurados.

Sobre la condenación oficiosa por perjuicios, punto propuesto como causal de casación por el señor Procurador, no está de más anotar lo siguiente: La Corte ha expresado en varias ocasiones que, a su juicio, tal determinación es indebida y no debe proferirse, aun cuando por sí sola no alcanza a constituir motivo de casación de una sentencia.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, oído el parecer del señor Procurador y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, invalida la sentencia del Tribunal Superior de Medellín fechada el treinta (30) de marzo de mil novecientos treinta y seis (1936), por la cual se condenó a Luis Eduardo Muñoz a la pena de seis años de presidio; y en su lugar declara nulo todo lo actuado en el proceso desde la diligencia de fecha siete (7) de junio de mil novecientos treinta y cinco (1935), folio setenta y cinco (75) vuelto, y dispone que se proceda a un nuevo sorteo total de jurados.

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 SIMPLEMENTE VOLUNTARIO.—CUERPO DEL DELITO.—IMPUTABILIDAD Y RESPONSABILIDAD.—QUINTA CAUSAL DE CASACION

Un hecho criminoso y punible, según las leyes, es lo que se denomina cuerpo de delito.

Demostrada la existencia del hecho punible, las de la imputabilidad y responsabilidad, hacen relación a lo moral y no a lo físico del caso.

Para que prospere la causal quinta estatuida por la ley 118 de 1931, es condición ildispensable la de que la injusticia notoria del veredicto haya sido debatida previamente en las instancias.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, septiembre veintiséis de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente, Dr. Salvador Iglesias)

El Juzgado 1º Superior del Distrito Judicial de San Gil, sometió al Jurado el siguiente cuestionario:

"El acusado Gregorio Gómez es responsable del hecho de haber dado muerte voluntariamente y con intención de causarla a Rogelio Velandia, a consecuencia de una herida inferida con instrumento cortante y punzante (cuchillo), localizada en el abdomen, al lado izquierdo, herida que se halla descrita en las diligencias de reconocimiento, que obran a los folios 4 v. y 10, hecho sucedido entre las diez y once de la noche del día 24 de diciembre de 1933 en casa de Carlos Arturo Aparicio, en la población de Onzaga?"

A este cuestionario el Jurado contestó "Sí" por unanimidad.

Ateniéndose al veredicto afirmativo, el Juez del conocimiento condenó a Gregorio Gómez como autor de homicidio simplemente voluntario, previa calificación de su responsabilidad en tercer grado, y con aplicación del art. 600 del C. P., a seis años de presidio y a las penas accesorias correspondientes.

El Tribunal de San Gil con fecha 31 de julio confirmó el fallo condenatorio.

El reo interpuso recurso de casación por medio del siguiente escrito:

"Yo, Gregorio Gómez, preso en la cárcel de este Distrito en la causa seguida por homicidio en Rogelio Velandia, atentamente manifiesto a usted que interpongo recurso de casación para ante la Honorable Corte Suprema de Justicia contra el fallo condenatorio proferido en dicha causa y por el cual fui condenado a seis años de presidio, además de las penas accesorias consiguientes.

"Interpongo este recurso dentro del plazo que señala el art. 5º de la ley 78 de 1923; y aun cuando el art. 5º de la ley 118 de 1931 dispone que no hay necesidad de expresar las causales que sirven de fundamento al recurso, desde ahora y para que la honorable Corte se digne tenerla en cuenta, anticipo la siguiente poderosa y clarísima razón que me asiste para esperar que la sentencia sea casada:

"No el plenario de la causa, sino en el mismo sumario, se estableció, de manera perfectísima, mi inocencia en el crimen por el cual se me ha encausado y por el cual vengo sufriendo tan larga e injusta prisión. Pregoneros de mi inocencia han sido la propia víctima, los familiares de ella y cuantos asistieron en sus últimos momentos. Ninguna prueba directa existe en mi contra; los testigos, que en su afán de perjudicarme lanzan sospechas para tratar de comprometerme, se hallan en contradicción los unos con los otros, y el declarante que de una manera más directa me sindica es mi enemigo personal, ya que en otra ocasión había atentado contra mi vida, según lo demuestra la certificación expedida por el señor Juez 1º de este Circuito, que corre en los autos. Quiere todo esto decir que el veredicto condenatorio y proferido por el Jurado, está viciado de injusticia notoria y que por consiguiente la sentencia que me condena es violatoria de la ley: invoco, pues, la causal de casación contemplada en el numeral 5º del art. 3º de la ley 118 de 1931.

"En consecuencia, espero que la H. Corte invalidará el fallo y dispondrá que se convoque nuevo Jurado, como lo estatuye el inciso 4º del art. 4º de la invocada ley".

El apoderado del reo sustentó el recurso interpuesto, que desde luego había concedido en su oportunidad el Tribunal, en alegato presentado el 18 de noviembre de 1935, en el cual señala las causales 3ª y 5ª de la ley 118 de 1931 como inhibitorias del fallo, por error en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito, la primera, y la segunda porque el fallo se fundó en una declaración del Jurado notoriamente injusta: "en algo que no era un veredicto, o expresión de la verdad".

El señor Procurador General de la Nación prescinde de la causal 3ª, pero coadyuva el recurso por la causal 5ª

Agotada la tramitación se pasa a decidir del recurso.

Para ello se considera:

Dos son las causales invocadas: la tercera y la quinta, en el alegato del defensor.

Causal tercera

La ley 118 de 1931 en su artículo 3º señala como causal de casación la indicada con este mismo numeral, la que aquí se alega como primer fundamento para inhibir el fallo. Consiste esta causal en "ser la sentencia violatoria de la ley por cuanto haya habido error en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito".

Del examen del auto de proceder y de la confrontación de las pruebas surge, inequívocamente en el presente caso, la existencia del cuerpo del delito en la apreciación y forma en que se concretó en este proceso por el de homicidio.

A los folios 4 y 10 vuelto aparece:

1º Que Rogelio Velandia fue herido entre las diez y once de la noche con arma blanca en casa de Carlos Arturo Aparicio, herida que le interesó el intestino grueso.

2º Que a consecuencia de esa herida murió Rogelio Velandia, y los peritos conceptuaron que su muerte fue a consecuencia de la herida que le ocasionó una peritonitis de carácter agudo.

Un hecho criminoso y punible, según las leyes, es lo que se denomina cuerpo de delito (art. 1512 del C. J.).

Rogelio Velandia fue herido en la noche del 24 de diciembre de 1933. A consecuencia de esa herida murió. La preexistencia está establecida. El hecho determinante que le ocasionó la muerte aparece comprobado. Su desaparición en estas circunstancias, por demás sencillas, es un delito. En la apreciación de ese hecho material no entran más factores. La cuestión de la imputabilidad y de la responsabilidad consiguiente es una cuestión distinta. (Demostrada la existencia del hecho punible, las de la imputabilidad y responsabilidad, hacen relación a lo moral y no a lo físico del caso).

El error a que se refiere la causal tercera es un error sobre los elementos materiales o sobre los elementos jurídicos que destacan el hecho punible y lo colocan dentro de las clasificaciones en que la ley positiva considera genéricamente las diversas trasgresiones punibles. La separación de estos dos conceptos, es decir el material y el moral, la acentúa la ley en el artículo 79 de la ley 100 de 1892 cuando, consagrando la fórmula procedimental del interrogatorio al Jurado, estatuye como base los hechos para preguntar sobre la responsabilidad del sindicado, al Jurado.

Resumiendo: la herida que recibió Velandia en el vientre es un hecho físico atestiguado en las diligencias del proceso. La muerte consecuencial es otro hecho físico atestiguado en el mismo proceso. Uno y otro suceso se constatan, se verifican, no se discuten, no se aprecian por elementos distintos de la realidad. Como están constatados, y en este caso de homicidio son simples, huelga discurrir sobre la apreciación de esos elementos, pues no hay error, no puede ocurrir sobre lo evidente.

La cuestión de la imputabilidad y de la responsabilidad consiguiente como ya se anotó, es otra cuestión que suele en muchas ocasiones complementar el elemento físico del cuerpo del delito. Pero la causal se refiere al elemento material, y, éste en el presente caso no admite duda, está demostrado por los hechos mismos, considerados en sí y no dependientes de la concurrencia de otros elementos en los cuales podría caber el factor crítica, del cual surge la apreciación, o sea el juicio que forma el Juez sobre el análisis de esos elementos.

Concluyese de lo dicho que no hay error en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito. La causal alegada no vulnera, por tanto, la sentencia. No es admisible.

Causal quinta

Es ésta la segunda causal alegada. La ley la concreta así: "ser la sentencia violatoria de la ley, por haberse dictado sobre un veredicto viciado de injusticia notoria, siempre que esa cuestión haya sido debatida previamente en las instancias".

En este proceso se presenta una cuestión previa al estudiar esta causal. Consiste ella en que el Tribunal Superior declaró nulo lo actuado a partir de las diligencias de sorteo, por auto de noviembre 21 de 1934, cuando revisó la sentencia del Juez, de 6 de octubre de 1934. El Tribunal, entonces, sin entrar al fondo del asunto, anuló lo actuado fundándose en los ordinales 3º y 4º del artículo 265 de la ley 57 de 1887, porque en el sorteo de Jurados resultó designado Rogelio Barragán y no Rogelio Barragán M., quien suscribe el acta y el veredicto condenatorio, y este ciudadano no figura en la lista de Jurados.

Anulada así la actuación y con ella la sentencia, volvió el asunto al Juzgado donde se sorteó, en obedecimiento del auto del Tribunal, un nuevo Jurado. El 27 de abril de 1935, repuesta la actuación, el Juez a quo dictó una segunda sentencia que es la que, confirmada por el Tribunal, es objeto ahora de recurso de casación.

El defensor del reo, dictado el primer fallo del Juez, alegó la injusticia notoria del veredicto ante el Tribunal. Pero cuando, repuesta la actuación, volvió el proceso a esa Superioridad, ni el reo, ni su defensor, hicieron alegación alguna en esta segunda etapa contra la injusticia notoria, siendo de advertir que ambos veredictos son afirmativos y que ambas sentencias, la anulada y la vigente, condenan a igual pena, y deducen igual responsabilidad a Gregorio Gómez.

Para que prospere la causal quinta es condición indispensable la de que la injusticia notoria haya sido debatida previamente en las instancias.

Sobre este punto precisamente estriba la cuestión previa de que se viene hablando, y que es necesario dilucidar.

Plantéase ella sobre esta consideración:

Qué es la actuación? Anulada ésta para obtener la reposición por una informalidad que vició lo actuado, el sorteo del primer Jurado y con él el veredicto, debe estimarse que quedó sin valor la alegación de injusticia notoria hecha sobre la sentencia y actuación nulas de la primera etapa, o ha de considerarse como en suspenso esa alegación? Es decir, que la anulación de lo actuado no cobija la alegación de injusticia notoria, que esa alegación subsiste no obstante que en la segunda etapa el defensor ya no presentó alegato sobre el particular?

En concepto de la Sala la anulación de lo actuado cobija únicamente lo procedimental, lo hecho por el Juez, no los alegatos presentados por el defensor, porque el Tribunal en su providencia de 21 de noviembre de 1934, no consideró esas alegaciones, no falló sobre el fondo del asunto. La sentencia de anulación sólo se refirió al procedimiento.

De lo expuesto se concluye que a pesar de no haberse presentado alegación sobre la injusticia notoria en la segunda etapa, ella sí

se alegó desde la primera etapa, y fue objeto además de debate en la segunda. Cumplida así la condición que establece la causal quinta al respecto, es pertinente el análisis de la causal en su fondo.

Se pueden concretar a tres los argumentos que exponen el recurrente y el señor Procurador para sostener la injusticia notoria del veredicto, y la Corte pasa a examinarlos:

a) Imposibilidad de que Gregorio Gómez fuera el heridor de Rogelio Velandia.

Como imposibilidad moral anota el recurrente, que mediando estrecha amistad y compañerismo político entre Gómez y Velandia, y no habiendo ocurrido entre ellos ningún choque o disgusto, resulta inverosímil que aquél sea el matador de éste.

Si el delito se hubiera cometido en circunstancias diferentes de las que lo rodearon, podría tener alguna fuerza el argumento. Pero es lo cierto que todos los elementos procesales concurren a demostrar que el hecho sucedió en medio de una zambra de gentes ebrias y alborotadas con ocasión de la fiesta de Nochebuena; y era tal la confusión, que el propio Velandia no pudo darse cuenta de quién lo hirió.

Varios testigos aseveran, sin embargo, que Gómez blandía un cuchillo, y aunque sin altercado o molestia con persona determinada, profería vociferaciones y amenazas. En estas condiciones sería demasiado exigir causas lógicas para explicar el acontecimiento.

En cuanto a la imposibilidad material, se alega que los agentes de Policía encontraron a Gómez dentro de la casa de Carlos Arturo Aparicio, y que al salir con Gómez fue cuando hallaron herido a Velandia en la puerta exterior; de donde concluye el apoderado del recurrente, se necesitaría un fenómeno de bilocación para que Gómez hubiera estado simultáneamente en la calle hiriendo a Velandia y dentro de la casa en forcejeo con los agentes de Policía.

A esto debe observarse que Gómez no fue hallado por los agentes de Policía en el interior de la casa, sino en el zaguán, es decir, a muy corta distancia de donde estaba el herido, y con un cuchillo en la mano. Luego el argumento se vuelve contra el recurrente.

b) La declaración del moribundo.

De este testimonio se ha hecho capítulo especial en favor de la inocencia del procesado. Entre otros declarantes, Evaristo Velandia y Belisario Manrique relatan haberlo oído decir a Rogelio que no sabía quién lo había herido, pero que podía asegurar que el responsable no era Gregorio Gómez.

Contra estas declaraciones de referencia al dicho del moribundo, obra el propio testimonio de éste, cuando expresó (folio 2), la inconciencia en que se hallaba al momento del hecho, con las siguientes palabras:

"... En la calle real de esta población y al ir a entrar al portón recibí una puñalada en el estómago, al lado izquierdo, que me causó la salida de las tripas, y que me tiene imposibilitado para trabajar. Yo no supe ni he sabido quién sería mi agresor, pues me encontraba muy borracho, y además el asunto fue tan rápido y de sorpresa, que no alcancé a darme cuenta de quién fuera mi agresor. Aun cuando allí había mucha gente, pues era Noche-buena, no puedo citar a nadie como testigo, pues no recuerdo quiénes estuvieran ahí, o mejor dicho, no me di cuenta por lo muy borracho que estaba".

c) Deficiencia en la prueba indiciaria.

Analiza el señor apoderado del recurrente los indicios de cargo tratando de desvirtuar el valor de los testimonios con que ellos se comprueban; arguyendo que también hay indicios favorables al procesado, y sosteniendo la imposibilidad de que éste sea el delincuente.

El último punto quedó ya examinado. La coexistencia de indicios favorables y desfavorables no priva de todo su valor a estos últimos en el presente caso, pues aun cuando son factores contrapuestos, no resultan contradictorios. Desde el auto de proceder se planteó esta dualidad en las pruebas; de suerte que el Jurado tuvo una guía clara para inclinarse en uno u otro sentido.

Y la tesis de la culpabilidad de Gómez fue acogida no sólo por uno, sino por dos Jurados, pues el primero hubo de anularlo el Tribunal por cuestiones de mero procedimiento. Así las cosas, vinieron a cumplirse virtualmente en este proceso los efectos de una declaración de injusticia notoria del primer veredicto, ya que el resultado práctico de tal declaratoria consiste en la reunión de un segundo Jurado.

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, declara que no es el caso de infirmar, y no infirma, la sentencia del Tribunal Superior de San Gil, fechada el treinta y uno (31) de julio

de mil novecientos treinta y cinco (1935), en la cual se impuso a Gregorio Gómez la pena de seis 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 ppd.

HOMICIDIO

No puede estimarse un homicidio como de los menos graves, si para ello no da base el veredicto del Jurado.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, septiembre veintinueve de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente, Dr. Salvador Iglesias)

El doctor Luis Zabala Lince, el 3 de febrero de 1936, en su calidad de apoderado de Pedro Juan Gallego, interpuso recurso de casación contra la sentencia del Tribunal de Buga de 17 de diciembre de 1935, que condenó (por confirmación de la del Juzgado 2º Superior de ese Distrito), al mencionado Gallego a la pena de seis años de presidio y a las accesorias correspondientes, como responsable del delito de homicidio de Miguel Angel Gómez.

Concedido el recurso, vinieron los autos a esta Sala de la Corte, en donde concluída la tramitación de regla, se pasa a resolver.

Tanto en la interposición del recurso como en el alegato que lo sustenta, se ha invocado contra la sentencia del Tribunal la causal 1ª de casación, o sea mala aplicación de la ley penal.

La alegación se refiere a que no ha debido aplicarse el artículo 600 del Código Penal, sino el 602 o el 604 *ibidem*, considerando el homicidio de que es responsable Gallego como voluntario atenuado de los que contemplan aquellas disposiciones.

El señor Procurador General de la Nación, haciéndose cargo de los argumentos del alegato del señor apoderado, concluye en su vista que no está probada la causal alegada ni ninguna otra, y que, por consiguiente, debe mantenerse en firme el fallo recurrido.

El análisis que el señor Procurador hace del proceso y la crítica de los argumentos de la defensa, los halla la Corte jurídicos, y por lo tanto, los prohija, como fundamentos del presente fallo. Dice así la aludida vista del señor Procurador:

"El señor apoderado de Pedro Juan Gallego ha sustentado el recurso de casación interpuesto contra la sentencia proferida por el H. Tribunal de Buga, con fecha diez y siete de diciembre de mil novecientos treinta y cinco, invocando la causal primera del art. 3º de la Ley 118 de 1931.

"El alegato se puede sintetizar así: el Tribunal violó la ley porque al considerar el homicidio como simplemente voluntario no le atribuyó concretamente ninguna de las circunstancias de que habla el art. 587 del Código Penal; y aplicó indebidamente la misma ley porque hubiera podido aplicar los arts. 602, o el 604.

"No cree necesario este Despacho entrar en largas consideraciones para poder concluír que el ataque que se intenta contra la sentencia recurrida, carece de fundamento.

"Simplemente basta observar que el pliego de cargos formulados a Pedro Juan Gallego contiene la inculpación de un homicidio con la agravante de premeditación. Con tales cargos llegó a las audiencias públicas el sindicado, y los jueces de hecho lo declararon responsable del homicidio pero quitándole aquella agravante. Por consiguiente, el fallo queda reducido tan sólo a la condenación por homicidio simplemente voluntario, toda vez que mal podía el juzgador estimar el homicidio como de los menos graves, puesto que en el auto de llamamiento a juicio no se planteó esa situación jurídica sino todo lo contrario, la de un homicidio de los más graves. Por otra parte, el jurado tampoco, en su respuesta, quiso contemplar ni el caso de riña ni el de provocación como hubiera podido hacerlo. Tampoco resulta del plenario que se encuentren demostradas las condiciones necesarias para que el homicidio se considere como de los menos graves.

"Siendo esto así, como lo es en realidad, la disposición aplicable es la del art. 606 del Código Penal, con la calificación hecha por el Tribunal.

"No estando, pues, probada la causal alegada ni ninguna otra, esta Procuraduría estima que debe mantenerse en firme el fallo recurrido".

A mérito de lo expuesto, 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 que no es el caso de infirmar, y no infirma, la sentencia del Tribunal Superior de Buga, fechada el diecisiete de diciembre de mil novecientos treinta y cinco, por la cual se impuso a Pedro Juan Gallego la pena de seis 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 Majo B., Srio. en ppd.

SE DECLARA DESIERTO EL RECURSO DE CASACION

No fundado un recurso de casación debe declararse desierto, en armonía con los artículos 9º y 10º de la ley 30 de 1926.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, septiembre veintinueve de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente, Dr. Salvador Iglesias)

El Juez 1º Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, sometió al Jurado reunido en la causa abierta a José Galán el siguiente cuestionario:

"Cuestión única.

"El acusado José Galán, mayor de edad, natural de Tibasosa y vecino de Nunchía, es voluntario e intencionalmente responsable de haberle dado muerte a Pedro Fernández, a consecuencia de heridas causadas con instrumento cortante y que ocasionaron los estragos que hallaron los peritos reconocedores del cadáver, hecho ocurrido en el centro de la población de Nunchía, en la noche del 12 de agosto de 1934?"

El Jurado respondió por unanimidad: "Sí".

Fundado en este veredicto, el Juez por sentencia de 30 de noviembre de 1935, calificando la delincuencia del reo en grado mínimo por ausencia de agravantes y concurrencia de varias atenuantes le condenó a la pena de seis años de presidio y a las accesorias que conlleva ésta.

El Tribunal de Santa Rosa de Viterbo confirmó la sentencia aludida por fallo de 29 de abril de 1936.

Notificados en forma debida el reo y el defensor, éste último interpuso recurso de casación invocando las causales 1ª, 3ª y 5ª del art. 3º de la ley 118 de 1931, recurso que le fue concedido, por haberlo interpuesto oportunamente, según aparece del auto de 22 de mayo de 1936 del Tribunal de Santa Rosa de Viterbo.

Ante la Corte surtidos los trámites de regla, el recurrente no fundamentó el recurso ni adujo razones, lo que no fue óbice para que la Corte hiciera un estudio detenido del proceso.

El señor Procurador en su vista correspondiente a 24 de septiembre en curso, concretúa que debe declararse desierto el recurso de casación materia de este fallo. La vista del señor Procurador es del tenor siguiente:

"El señor defensor de José Galán, oportunamente interpuso el recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia proferida el 29 de abril último por el honorable Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, por medio de la cual se confirmó el fallo del señor Juez Superior del mismo Distrito en que se condenó al mencionado señor Galán, como responsable del delito de homicidio ejecutado en la persona de Pedro Fernández, a la pena de seis años de presidio y a las correspondientes penas accesorias.

"El recurrente invocó ante el Tribunal las causales primera, tercera y quinta del art. 3º de la ley 118 de 1931, prometiendo aducir los fundamentos del recurso ante la honorable Corte, promesa que no cumplió.

"No existe por consiguiente alegato ex-

plicativo del nombrado recurso y la Procuraduría, por su parte, no encuentra motivo legal para atacar la sentencia recurrida.

"En consecuencia, este despacho os pide respetuosamente que declaréis desierto el recurso interpuesto".

Para resolver la Sala considera:

a) Que el defensor del recurrente invocó al pedir el recurso al Tribunal las causales 1ª, 3ª y 5ª No las explicó y de manera abstracta se refirió a ellas, pero sin concretarlas definidamente al caso. (Véase memorial del defensor, folio 23). Limitóse, pues, el defensor a interponer el recurso;

b) Dentro del traslado no se formuló alegato alguno ni por el reo ni por el defensor;

c) El Procurador, como se desprende de la vista, constató los hechos anteriores, y concluyó pidiendo a la Corte declaración de desierto el recurso interpuesto; y

d) Esta petición y el no haber hecho uso de la facultad que le concede al Ministerio Público el artículo 6º de la ley 118 de 1931, indican que la Corte, por ausencia de fundamentación del recurso, debe declararlo desierto, en armonía con lo dispuesto por los artículos 9 y 10 de la ley 90 de 1920, que así sancionan el abandono de la acción interpuesta ante la Corte contra las sentencias casables en materia penal.

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, declara desierto el recurso interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo de veintinueve de abril de mil novecientos treinta y seis, que condenó a José Galán a la pena de seis años de presidio, por el delito de homicidio perpetrado en la persona de Pedro Fernández.

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

Las apelaciones de los autos de proceder deben fallarse por los Tribunales en Sala de Decisión.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, septiembre veintidós de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente, Dr. Salvador Iglesias)

Por el delito de asesinato cometido en la persona de Tito Vargas, el Tribunal de Santa Rosa de Viterbo confirmó la sentencia del Juez 1º Superior del mismo Distrito Judicial, por la cual impuso a Segundo Barrera la pena de veinte años de presidio y a Raquelina Riveros, la de cinco años, como encubridora.

El defensor de Barrera oportunamente interpuso recurso de casación, invocando las causales 1ª, 2ª, 3ª y 5ª, y luégo, en el alegato ante la Corte, las fundamentó e hizo además referencia a la causal 7ª

El Procurador General de la Nación, después de copiar la sentencia anterior del recurso, analiza las causales invocadas, y termina conceptuando que dicho fallo debe mantenerse firme.

Para resolver se considera:

Todas las argumentaciones del recurrente giran al rededor del problema de la premeditación:

A la Corte no le incumbe discriminar el informativo para decidir si en el caso de este proceso hubo o no realmente premeditación, pero sí le corresponde confrontar la sentencia con los antecedentes que arroja el mismo proceso para saber si ella es o no violatoria de la ley.

Ante todo se observa que el auto de proceder dictado por el Juez a quo, no obstante calificar de atroces las condiciones en que el delito se cumplió, dice enfáticamente y en dos pasajes distintos, que no puede incriminarse la premeditación. Son palabras del Juez:

"Las más francas proyecciones de criminalidad pavorosa y espeluznante emergen de este relato que, desgraciadamente no puede contar entre sus episodios el muy presumible pero improbado de que la trágica muerte de Tito Vargas fue fruto obligado y lógica resultante de un proceso mental previo, o de un preconcebido designio fraguado con marcada anterioridad por el mozo Segundo Barrera, actor principal de la tragedia, y por

Raquelina Riveros, esposa del extinto, personajes sobre quienes desde algún tiempo antes se venía urdiendo la verosímil leyenda de que cultivaban relaciones adúlteras y para quienes desde luego la presencia de Vargas, por más pasiva que fuese, no dejaba de constituir un estorbo. La muy lógica hipótesis de que en la trágica muerte de Tito concurrieron los más clásicos caracteres de premeditación, desgraciadamente desvanecidos hábilmente en la sumaria, fueron, a no dudarlo, la clave de esta labor inquisitiva..... Aun cuando varias circunstancias de asesinato han precedido la consumación de este ilícito, no es posible epigrafarlo de tál en orden a la ausencia de premeditación comprobada; por tanto, es preciso descartar de una vez esta importante modalidad".

El auto de proceder no fue apelado por el Fiscal, no era consultable, y si subió al Tribunal fue en virtud de apelación propuesta por los interesados.

El curso de la apelación fue irregular, pues el auto en que aparece resuelta no lo profirió la Sala de Decisión, sino el Magistrado sustanciador; y porque allí, aun cuando se concluye confirmando lisa y llanamente el auto apelado, en la parte motiva se alude a la premeditación, y en términos tan vacilantes, que no se sabe si el Tribunal se atreve o no a deducirla como cargo efectivo en el proceso. Dice así el Tribunal:

"Quizá no esté lejos de la verdadera interpretación sobre la causa o motivo del delito la afirmación de que ella reside en la pasión amorosa que Barrera llegó a experimentar por Raquelina y que le inspiró la idea criminal de hacer desaparecer a su legítimo dueño aprovechando la oportunidad que le ofrecían las circunstancias especiales del sitio que sirvió de teatro a la tragedia. En torno a este punto, el Jurado es a quien corresponde absolutamente la decisión para determinar con acierto y con justicia la exacta cantidad de dolo con que el acusado perpetró su delito. El Tribunal hace esta ligera mención a la posible exégesis espiritual del crimen porque considera que el auto de proceder debe englobar la totalidad de las posibilidades para ofrecerlas a la soberanía de los Jueces de hecho. Con este criterio, la Sala no participa de la manera de pensar del Juzgado cuando afirma que la premeditación en este caso es factor definitivamente descartado. El Tribunal no la afirma ni la niega; pero hace mención de este elemento de incriminación penal para que figure entre los cargos que han de ser materia del debate probatorio y de las audiencias del juicio. Las declaraciones de Pedro María Chaparro, Alfonso Montaña y Josué E. Riveros, que hacen referencia a ciertos antecedentes de notoria significación, dan apoyo a la enunciación del dolo anticipado en este auto de procesamiento como elemento posible del delito".

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 hubiere 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.

Este reparo, que en otras circunstancias pudiera estimarse de naturaleza puramente adjetiva, afecta en el caso de la sentencia recurrida la substancia misma del juicio, puesto que el auto del Juez ad quem, de un modo o de otro, vino a variar el del Juez a quo, en un punto tan trascendental como el de la premeditación.

Si Segundo Barrera y su curador no hubiesen apelado del auto de proceder, la causa se habría adelantado con prescindencia del elemento premeditación, ya que el Juez lo descartó de modo expreso en el enjuiciamiento.

Como los recursos que las leyes establecen en favor de las partes, pueden o no prosperar, pero en ningún caso deben entenderse en el sentido de producir efectos desfavorables contra quien los interpone, repugna que en la apelación del reo contra un enjuiciamiento por homicidio voluntario, el recurso llegue a empeorar la situación del apelante, hasta el punto de colocarlo en condiciones que puedan acarrearle una condena de mayor gravedad que la que le correspondería al no haber ejercitado el derecho de apelar.

Las fallas anotadas constituyen un vicio contra lo sustancial del procedimiento, ya que la extralimitación del Juez ad quem, que incurrió en una reformatio in pejus, inadmisible en tratándose de un recurso interpuesto sólo por el procesado, ya por la incompetencia de jurisdicción que entraña el hecho de que el Magistrado sustanciador únicamente, y no la Sala de Decisión, hubiese conocido del recurso.

Y son de tal trascendencia estas infor-

malidades sustanciales del procedimiento, que inciden hasta en indebida aplicación de la ley penal con respecto al castigo impuesto por la sentencia, lo cual es motivo de la causal 1ª de casación, también invocada por el recurrente quien, como atrás se dijo, fundamenta todo el recurso sobre la base de que no debe considerarse premeditado el homicidio.

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.

En 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 Santa Rosa de Viterbo, fechada el veintinueve (29) de abril de mil novecientos treinta y cinco (1935) por la cual se impuso a Segundo Barrera la pena de veinte años de presidio, y en su lugar declara nulo todo lo actuado en el proceso desde el auto de tres de noviembre de mil novecientos treinta y tres (f. 109 vuelto) 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 Mzlo E., Secretario.

HOMICIDIO VOLUNTARIO "EN LOS CASOS MENOS GRAVES"

No todo homicidio voluntario revestido de las modalidades que señalan los numerales 1º, 2º, 4º, 5º o 7º del artículo 587 del Código Penal, se puede considerar como de los menos graves.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, veinte de octubre de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente, Dr. José Antonio Montalvo)

El defensor de Emiliano Ortiz recurrió en casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá que impuso a su defendido la pena de seis años de presidio.

En su lacónico escrito se limita a invocar la causal 4ª de casación: no estar la sentencia de acuerdo con el veredicto del Jurado. El abogado recurrente no presentó alegato ante la Corte; pero el sindicado sí envió un memorial en que parece acogerse a la causal 1ª

De manera adversa a la infirmación del fallo conceptúa la Procuraduría General de la Nación.

Para resolver, considera la Corte:

Emiliano Ortiz fue llamado a juicio por el delito de homicidio en la persona de Aristófanes Bulla, y la parte motiva del auto de proceder describe el delito como un homicidio simplemente voluntario sin especiales constancias modificadoras, pues hasta alude, para descartarla, a la riña que el sindicado sugirió en su indagatoria.

De acuerdo con el enjuiciamiento y una vez surtidos los trámites de la causa, el juez propuso al jurado el siguiente interrogatorio:

Cuestión única:

"El acusado Emiliano Ortiz es responsable, sí o no, de haber dado muerte voluntariamente a Aristófanes Bulla por medio de una herida causada con instrumento cortante y de peso (peinilla) que le interesó los huesos del cráneo, vulnerando además la masa encefálica, a consecuencia de la cual falleció pocas horas después de recibirla, hecho este ocurrido en la noche del diecisiete al dieciocho de agosto de mil novecientos treinta y tres en la vereda de Supanim, de la jurisdicción municipal de la Palma, de éste Distrito Judicial?"

Y el Jurado contestó:

"Sí, pero impulsado por la ira que le pro-

dujeron los golpes acabados de recibir, momentos antes, de manos del occiso."

Este veredicto parece calculado en el numeral 1º del artículo 587 del Código Penal, artículo que enuncia los distintos casos de homicidio simplemente voluntario. De donde se concluye que al dictar sentencia el Juez y el Tribunal por aquel delito, no se apartaron del veredicto del jurado, sino que se atuvieron cabalmente a sus términos, y no puede prosperar, por la causal 4ª, el recurso interpuesto.

Por lo que hace a la causal 1ª, indebida aplicación de la ley penal, dice el señor Procurador delegado en lo penal:

"Haciendo un esfuerzo intelectual, por vía de amplitud, encuentra la Procuraduría que el recurrente deduce esa mala aplicación de la Ley, por haberle impuesto el Tribunal una pena excesiva, ya por haberse defendido en el lance con Bulla, ya por no haber tenido intención de darle muerte, y, en fin, porque obró en circunstancias apremiantes de provocación y ofensa que, a lo sumo, determinan un homicidio de los menos graves, previstos en el art. 602 del Código Penal".

Verdad es que el inciso 2º del artículo 602 del Código Penal autoriza al juez para aplicar una pena menor de la que indica el artículo 600, cuando a su juicio el caso sea de los menos graves entre los de homicidio simplemente voluntario enunciados por los numerales 1º, 2º, 4º, 5º y 7º del artículo 587; pero ésto no quiere decir que por el solo hecho de que el homicidio voluntario aparezca revestido de las modalidades que en aquellos numerales se señalan, el homicidio tenga que considerarse necesariamente de los menos graves.

En el asunto de autos se ha querido ver en la respuesta explicativa del Jurado una declaración expresa de que el homicidio es de los menos graves. Pero, como arriba se dijo, aquella explicación apenas sitúa el homicidio en el numeral 1º del artículo 587 del Código Penal, y en manera alguna puede atribuírsele el alcance de calificarlo como menos grave.

A mérito de lo expuesto, 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 que no es el caso de infirmar, y no infirma la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, fechada el veinticuatro de abril de mil novecientos treinta y seis, que impuso a Emiliano Ortiz la pena de seis 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 Melo Baños, Srio. en pdd.

CASACION POR EL DELITO DE HERIDAS

Cuando se invoca como causal primera de casación la violación de una disposición puramente procedimental el recurso no prospera por no tratarse de la ley penal sustantiva. En el supuesto de que en la sentencia recurrida se haya violado el artículo 22 de la ley 104 de 1922, ello no encajaría dentro de la causal primera de casación, puesto que no se trata de la ley penal sustantiva; y ni siquiera dentro de la segunda, porque de implicar violación de ley procedimental, no es de las violaciones que estén erigidas en causal de nulidad, y que por consiguiente vicien el procedimiento de nulidad sustancial según la ley. No significa esto que sea regular ni jurídico que el sentenciador, de manera oficiosa, profiera en sus sentencias condenación por perjuicios. Si lo hace sin determinar la cuantía, la condenación es prácticamente irrita; y si lo hace por cantidad líquida, hay en este punto del fallo una extralimitación de funciones, cuyas consecuencias jurídicas invaden un campo distinto al de la nulidad del proceso.

No toda ilegalidad de que adolezca una sentencia es motivo de casación.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, veintiuno de octubre de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente, Dr. José Antonio Montalvo)

El Tribunal Superior de Ibagué, al confirmar la sentencia del juez del circuito del Espinal impuso a Floro Vargas la pena de seis años de presidio por el delito de heridas.

Contra ese fallo recurrió el procesado en casación por medio de un memorial en que se limita a invocar la causal 1ª y se remite a lo dicho por su defensor en un alegato de instancia. Ante la Corte no fundamentó en manera alguna el recurso.

Así las cosas, es preciso estimar que por parte del reo se abandonó o dejó desierto el recurso, porque dada la idefinida amplitud de la causal 1ª, consistente en indebida aplicación de la ley penal, no es posible entrar en el estudio de ella sin que el interesado exprese por qué la sentencia aplicó o interpretó erróneamente la ley.

Con todo la Corte, ha estudiado el alegato de instancia que se presentó ante el Tribunal, escrito en que, como es obvio, no se ataca la sentencia de éste, sino la de primera instancia.

Y de los argumentos propuestos en aquel alegato no se concluye que en la condenación de Floro Vargas se haya aplicado o interpretado erróneamente la ley penal. En efecto:

Sostuvo el defensor que el juez no ha debido aplicar llanamente el artículo 645 del Código Penal, sino relacionar éste con los artículos 660 y 604, que señalan una pena mitigada para el caso de que el delito se cometa en el acto de ser provocado el agente por ofensa, injuria o deshonra grave. La Corte observa sobre este punto, que el mismo defensor en su alegato reconoce cómo el delito imputado a Floro Vargas no se ejecutó en el acto mismo de recibir éste una ofensa, sino tiempo después; y además, la existencia misma de la ofensa no es un hecho suficientemente claro en el proceso.

El otro argumento del alegato de instancia, es el de que la lesión que Vargas le causó a Julio Carvajal no reviste el carácter de grave sino el de leve, por no haberle producido la pérdida de ambas manos, sino la de una sola, y eso no en su totalidad, agregando que "la lesión que le ha dejado (a Carvajal) la herida no ha constituído para él un grave peligro".

Respecto de este punto debe tenerse en cuenta que dadas las condiciones personales de la víctima, puede haber sido severa, pero no ilegal, la calificación de grave que se le dio a la herida; por otra parte la delincuencia del acusado se calificó en el grado más benigno.

No podría, pues, prosperar el presente recurso por la causal invocada, aun en el supuesto de que se hubiese fundado debidamente.

El señor Procurador delegado en lo penal pide que la sentencia se case parcialmente, pero sólo en cuanto hizo una oficiosa condenación al pago de perjuicios.

Sobre este particular ha dicho en varias sentencias la Corte lo siguiente:

"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 re-

presentantes se hiciesen parte y así lo pidieran.

"Y como en el presente caso—dice la 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 104 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 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".

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, declara que no es el caso de infirmar, y no infirma, la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, fechada el veinticinco de febrero de mil novecientos treinta y seis, que impuso a Floro Vargas la pena de seis años de presidio por el delito de heridas.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente.

José Antonio Montalvo, Salvador Iglesias, Pedro Alejo Rodríguez. Alberto Mato Baños, Srio. en ppd.

ES ABUSO DE CONFIANZA LA APROPIACION POR PARTE DE LOS JUECES DE LOS BIENES PUESTOS BAJO SU CUIDADO

La disposición del artículo 505 del Código Penal se refiere a la ingerencia de los funcionarios públicos en negociaciones indebidas, con las cuales se falta al decoro y pulcritud que les impone su calidad de agentes del Estado; pero cuando el funcionario se apropia los bienes que están bajo su cuidado por razón del cargo que desempeña, penetra en la órbita de los delitos contra la propiedad.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, octubre veintisiete de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente, Dr. Pedro Alejo Rodríguez)

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en providencia fechada el 8 de febrero de 1935, abrió causa criminal contra el doctor Ricardo Serna Bohórquez en los siguientes términos:

"Y por cuanto el doctor Ricardo Serna Bohórquez no ha desvirtuado los cargos que le resultan en el presente sumario, de acuerdo con el señor Fiscal, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, lo llama a juicio de responsabilidad de trámites ordinarios, por el delito de abuso de confianza, de que trata el Capítulo sexto, Libro tercero del Código Penal, consistente en haberse apropiado las siguientes cantidades de dinero, que estaban a su cargo como Juez de Circuito de Yolombó: a) cincuenta pesos ($ 50.-

00) del sumario por hurto de ganado mayor contra Manuel Duque y otros; b) veintidós pesos con setenta y dos centavos ($ 22.72) pertenecientes al juicio de concurso de acreedores de Gregorio Vargas; y c) ciento cincuenta y ocho pesos ($ 158.00) del juicio ejecutivo de Manuel López contra Vespaciano Cardona, hechos que tuvieron lugar en el municipio de Yolombó, más o menos en el período comprendido entre el catorce de septiembre de mil novecientos veintinueve y el ocho de julio de mil novecientos treinta y uno".

Seguida la causa por los trámites correspondientes, el Tribunal dictó sentencia el veinte de abril del año en curso, en la cual condenó al doctor Serna Bohórquez a la pena principal de seis meses de reclusión y sus accesorias.

El asunto ha venido a la Corte en consulta de la sentencia expresada.

Cumplidas las formalidades propias de la segunda instancia, el señor Procurador delegado en lo penal conceptúa que debe anularse lo actuado por error en la denominación genérica del delito; pues se abrió causa y se dictó sentencia contra el ex-juez doctor Serna Bohórquez por el delito de abuso de confianza (artículo 836, C. P.), siendo así que los hechos a él imputados han debido calificarse al tenor de las disposiciones sobre empleados públicos que efectúan negociaciones incompatibles con su destino, o sea las del Libro II, Título 10º, Capítulo IV, del Código Penal, con aplicación en la sentencia del artículo 505 de allí.

Para resolver, se considera:

Con relación a la tesis de la Procuraduría, en fallo de 26 de los corrientes, dijo la Corte lo que sigue:

"Para la Corte, se halla en lo cierto el Tribunal de Medellín al estimar el hecho delictuoso imputado al juez de Jericó doctor Mejía a la faz del artículo 836 del Código Penal; porque la disposición del artículo 505 se refiere a la ingerencia de los funcionarios públicos en negociaciones indebidas, con las cuales se falta al decoro y pulcritud que les impone su calidad de Agentes del Estado; y esto aun sin haber una sustracción o apropiación fraudulenta de dineros u otros bienes. La pena misma que se señala en el artículo 505 —pérdida del empleo o cargo y multa— está indicando la clase de faltas que allí se quiere sancionar.

En cambio, cuando el funcionario público pasa de la especulación o maniobra indecorosa a la apropiación de los bienes que están bajo su cuidado por razón del cargo que desempeña, penetra en la órbita de los delitos contra la propiedad, y su falta tiene que sancionarse con las disposiciones previstas específicamente para delitos de esa naturaleza; lo cual es tan lógico, que de confrontar el caso ante el artículo 505, el funcionario público quedaría sancionado en condiciones excepcionalmente favorables en relación con los particulares, lo que sería absurdo".

Así las cosas, estima la Corte improcedente declarar la nulidad que plantea el señor Procurador; y, en consecuencia, debe pasarse al estudio del fallo consultado, en cuanto a la responsabilidad del ex-juez doctor Serna Bohórquez por los cargos que se le han imputado.

La sentencia del Tribunal de Medellín se basa en lo siguiente:

a) En que al separarse del juzgado del Circuito de Yolombó el doctor Ricardo Serna Bohórquez, quedaron faltando varias cantidades de dinero correspondientes a juicios que cursaban en esa oficina, por un total de $ 230.72; y

b) Que el doctor Serna Bohórquez, lejos de explicar ese hecho en forma tal que lo exima de responsabilidad, alega haberse entendido con los interesados para arreglar con ellos la manera de hacerles los correspondientes reintegros, cosa que lo compromete en vez de justificarlo.

Por donde se ve que el Tribunal dispuso de los elementos probatorios que la ley requiere para condenar al acusado: Cuerpo de delito y responsabilidad.

Y ya se analizó cómo la disposición aplicable es la del artículo 836 del Código penal; de suerte que por este aspecto es legal la sentencia consultada, lo mismo que en lo relativo a la calificación de la delincuencia en grado mínimo, pues entre otras atenuantes milita la del esfuerzo hecho por el doctor Serna Bohórquez para devolver las sumas sustraídas del juzgado.

A mérito de lo expuesto la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, apartándose del concepto del señor Procurador, y administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la ley, confirma la sentencia del Tribunal Superior de Medellín fechada el 20 de abril de mil novecientos treinta y seis, materia de esta consulta.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente.

José Antonio Montalvo, Salvador Iglesias, Pedro Alejo Rodríguez, Alberto Mejía B., Secretario.

NULIDAD DEL PROCESO POR NO HABERSE DADO INTERVENCION AL PERSONERO MUNICIPAL, COMO FISCAL DEL CIRCUITO

El artículo 1616 del Código de Procedimiento Criminal estatuye que "en todos los juicios que se sigan o deban seguirse de oficio, SE OIRA SIEMPRE la voz del Ministerio Público, aunque haya acusador particular". En consecuencia el Personero Municipal, como Fiscal del Circuito, es parte en todos los juicios criminales de competencia de los jueces de Circuito y por lo tanto su actuación es indispensable en todas las etapas del juicio so pena de acarrear nulidad la omisión de notificaciones que deben hacerse a las partes.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, noviembre tres de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente, Dr. José Antonio Montalvo)

Al notificársele la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, que le impuso la pena de seis años de presidio por el delito de heridas, al procesado Eleuterio Monroy manifestó que interponía recurso de casación; pero ni ante el Tribunal ni ante la Corte presentó escrito alguno para fundamentarla, o para indicar siquiera la causal o causales que creyera pertinentes.

En tales circunstancias sería preciso declarar desierto el recurso si no fuera porque el señor Procurador delegado en lo penal, invocando el artículo 8º de la ley 118 de 1931, presenta la causal 2ª, así:

"La nulidad que invalida el procedimiento consiste en no habérsele dado intervención al Ministerio Público durante la primera instancia, en ninguno de los actos del juicio.

Efectivamente, conforme al artículo 164 del Código Judicial, los Personeros Municipales de las cabeceras del Circuito, tendrán también el carácter de Fiscales de Circuito, y ejercerán las respectivas funciones.

La población de Melgar, donde radica el Juzgado de Circuito que conoció de este asunto, es cabecera de Circuito al tenor del artículo primero de la ley 72 de 1913.....

Luego —como lo dijo la Procuraduría en un caso semejante— al Personero de allí le tocaba llevar la voz del Ministerio Público en todos los negocios en que éste deba intervenir y que se ventilen ante los respectivos jueces'. (Art. 178, numeral 1º del C. J.).

Y como el artículo 1616 del Código de Procedimiento Criminal estatuye que 'en todos los juicios que se sigan o deban seguirse de oficio, se oirá siempre la voz del Ministerio Público, aunque haya acusador particular', síguese que el Fiscal del Circuito... era parte en esta causa como representante directo de la sociedad y, por lo mismo, su actuación era indispensable en todas las etapas del juicio.

Ahora bien: constituye nulidad 'no haberse notificado a las partes el auto en que se abre la causa a prueba; pero el proceso no se anula si la parte no notificada hace uso del derecho de producir pruebas, ni tampoco si citada para recibir las de la contraria, no solicita dentro del día siguiente, que se retrotraiga el juicio al estado de hacérsele la notificación omitida y comenzar a correr dicho término'. (Art. 264 de la ley 57 de 1887, numeral 4º)

Como en el presente caso no se le hizo al agente del Ministerio Público ninguna notificación de los autos recaídos, es claro que él no podía tener intervención eficaz en el juicio, y entonces resulta meridiana la causal de nulidad que se alega.

Con ello se violaron también los artículos 20 de la ley 104 de 1922, y 1710, 1711, 1798 y 1800 del Código Judicial, que expresamente le dan al Ministerio Público la participación directa en los actos trascendentales del juicio criminal".

Agrega también para el caso presente el señor Procurador:

"Observa también este Despacho que al señor defensor del reo dejaron de notificársele autos de la mayor importancia, contra lo que claramente dispone el artículo 1625 del Código Judicial al decir que 'los autos o sentencias que deban notificarse al procesado, se notificarán también al defensor', etc. Luégo, por doble aspecto, procede la nulidad que se deja anotada.

En tal virtud, la Procuraduría General de la Nación, como entidad suprema del Ministerio Público, pide respetuosamente a la Corte Suprema de Justicia invalide la sentencia del honorable Tribunal Superior de Ibagué, de fecha 18 de mayo de este año, y declare nulo lo actuado a partir, inclusive, del auto corriente al folio 90 del expediente, por medio del cual se abrió la causa a pruebas".

En fallo de esta misma fecha la Corte ha acogido la tesis del señor Procurador, y las

razones que tuvo para ello no son otras que las contenidas en los pasajes de la vista de la Procuraduría que han quedado transcritos.

A mérito de lo expuesto la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo con el parecer del señor Procurador y administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la ley, invalida la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, fechada el dieciocho de mayo de mil novecientos treinta y seis que impuso a Eleuterio Monroy la pena de seis años de presidio por el delito de heridas; y en su lugar declara nulo lo actuado a partir del auto que obra al folio noventa (90) del expediente, por medio del cual se abrió la causa a pruebas, y ordena reponer el procedimiento de ahí en adelante con intervención del señor Personero Municipal.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente.

José Antonio Montalvo, Salvador Iglesias. Pedro Alejo Rodríguez. Alberto Mallo R., Srio. en ppd.

CONDENA DE UN MENOR DE VEINTIUN AÑOS A LA PRIVACION DE LOS DERECHOS POLITICOS

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, tres de noviembre de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente, Dr. José Antonio Montalvo)

El Juzgado 2º Superior de Bucaramanga llamó a juicio a Rafael Villamizar por homicidio. Tanto el auto del juzgado como el del Tribunal a donde subió por apelación, consideraron el delito como premeditado.

Adelantada la causa, el Jurado respondió afirmativamente la pregunta sobre homicidio voluntario, y negó la de premeditación, que también le fue formulada.

Sobre ese veredicto se dictó la sentencia materia del presente recurso, en la que el Tribunal de Bucaramanga, confirmando la del juzgado, impuso a Villamizar la pena principal de seis años de presidio.

El defensor del procesado, al fundamentar la casación ante la Corte, se acoge a la causal 1ª, sosteniendo que la disposición penal aplicable no es la del artículo 600 del Código Penal, sino la del 602, por tratarse de uno de los casos menos graves de homicidio voluntario, ya que el acusado mató a Barbour —dice el defensor— por una ofensa grave que inmediatamente antes del homicidio se hizo al propio homicida y a su madre (numeral 1º del art. 587 del C. P.) y como el 602 contempla ese caso precisamente en su segundo inciso, es natural que se le considere como de los menos graves y se le aplique esa sanción atenuada".

Bien sabido es que en el recurso de casación no incumbe a la Corte entrar en el examen de los hechos materia del proceso ni en el de las pruebas, a menos que se trate de las causales 3ª o 5ª; y en el presente caso, en que sólo se ha invocado la causal 1ª, resultaría improcedente acometer tal estudio.

Es constante la jurisprudencia de la Corte en el sentido de que si el cuestionario calcado en el auto de proceder no menciona ninguna modalidad que cambie el hecho de homicidio simplemente voluntario en homicidio atenuado, o el Jurado no la declara, la disposición aplicable es la del artículo 600 del Código Penal.

Para el caso de la sentencia recurrida debe tenerse en cuenta, además, que el juzgado y el Tribunal habían considerado el delito de autos como premeditado; y aunque el Jurado negó tal circunstancia, obvio es que de antemano quedó excluída en el proceso la posibilidad de que los juzgadores de instancia consideraran el hecho como de los menos graves entre los casos de homicidio voluntario.

En tales condiciones no puede prosperar el recurso por este aspecto de la causal 1ª invocada por el defensor del recurrente.

El señor Procurador delegado en lo penal funda, por su parte, el recurso, en la misma causal 1ª, pero mirada por otro aspecto, a saber: que teniendo el procesado la edad de 18 años cuando se efectuó el delito, no podía el sentenciador condenarlo a la pérdida de los derechos políticos sin que gozara de ellos todavía, puesto que la Constitución señala la edad de 21 años para la adquisición de tales derechos.

La Corte considera a este respecto:

a)—La pena de "privación temporal o perpetua de los derechos políticos" de que habla el art. 41 del Código Penal ha sido reem-

plazada por la de "suspensión indefinida" de los mismos (ley 10 de 1936); y si es verdad, como el señor Procurador arguyó, que repugna privar a alguien de lo que no tiene, también es cierto que puede muy bien suspenderse, en calidad de pena, la adquisición futura de derechos;

b)—El mismo art. 41 del Código Penal enuncia como penas accesorias las de privación o suspensión de empleo o de pensión, las cuales se aplican habitualmente en las sentencias, aconteciendo que en la mayoría de los casos el penado no disfruta de empleo ni de pensión cuando se profiere la condena;

c)—Y la pena accesoria de inhabilitación temporal o perpetua para ejercer empleo público que consigna el numeral 2º, artículo 41 del Código Penal, es también una sanción que no viene a recaer sino sobre una mera expectativa.

Tampoco prospera, pues, el recurso por el aspecto que propone el señor Procurador.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, oído el concepto del señor Procurador y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de infirmar, y no infirma, la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga fechada el veintitrés de mayo de mil novecientos treinta y seis, que impuso a Rafael Villamizar la pena de seis 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 Mateo Baños, Srio. en ppd.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, junio primero de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente, doctor Eleuterio Serna R.)

El doctor Jorge Ulloa López, en su calidad de tenedor de varios cupones, correspondientes a bonos de empréstito externo a cargo del Departamento del Valle del Cauca, demandó ejecutivamente a éste, para que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali librara orden de pago contra aquella entidad por las siguientes cantidades:

"A) Trescientos treinta dólares ($ 330) en moneda de los Estados Unidos de América, de oro acuñado, o en su equivalente en moneda legal colombiana, según la paridad intrínseca entre esta moneda y la extranjera, existente en los años de 1926 a 1928.

"B) Las costas del juicio".

A la demanda acompañó el actor los dichos cupones en cubierta cerrada y un certificado del Superintendente Bancario, el cual está concebido así:

"Certifico: 1º Que la paridad intrínseca entre el peso colombiano, oro amonedado, y el dólar americano, oro amonedado, en los años de 1926 y 1928 fue de un peso con cero dos mil setecientos cuarenta y tres milésimos de peso ($ 1,02743) por cada dólar, y 2º Que la cotización de dólares, en giros a la vista, sobre Nueva York, en la ciudad de Cali en las fechas pedidas fue la siguiente: El 1º de octubre de 1926, al ciento dos y medio (102½) y el 1º de junio de 1928, al ciento uno setenta (101.70%)".

Se acompañó también una versión del traductor oficial del Ministerio de Relaciones Exteriores, doctor José M. Restrepo Millán, cuya firma está debidamente legalizada.

De esta traducción son los apartes que a continuación se copian:

"La traducción oficial, fiel y completa del texto de los cupones enumerados en los puntos uno (1) y dos (2) de este certificado, tomando para ellos el cupón número 10 del bono número 664, de la serie M, es la siguiente:

"El día primero de junio de mil novecientos treinta y tres (1933), salvo que el bono aquí abajo mencionado hubiere sido solicitado para su previa redención y pago en debida forma atendido, el Departamento del Valle del Cauca, entregado que sea el presente, pagará al portador en la oficina principal de "International Acceptance Trust Company", en el distrito de Manhattan, ciudad de Nueva York, Estado de Nueva York, la suma de treinta y cinco dólares ($ 35,00) en moneda de oro de los Estados Unidos de América igual o del mismo patrón de peso y finura existente el primero de junio de mil novecientos veintiocho, sin deducción por impuestos colombianos como se expresa en el bono aquí adelante mencionado, suma que son los intereses en seis meses pagaderos entonces sobre el bono externo garantizado del siete por ciento representativo de oro con fondo de amortización de mil novecientos cuarenta y ocho (1948), a cargo del Departamento del Valle del Cauca, con vencimiento el primero (1º) de junio de mil novecientos cuarenta y ocho.

"La traducción oficial, fiel y completa del texto de los cupones mencionados en el punto tres (3) de este certificado, tomando por modelo el cupón número trece (13) del bono número 953, es el siguiente:

"El día primero de abril de mil novecientos treinta y tres (1933), el Departamento del Valle del Cauca, entregado que sea el presente, pagará al portador, en la oficina principal en el distrito de Manhattan, ciudad y Estado de Nueva York, de J. & W. Seligman & Co., agentes fiscales, treinta y siete dólares con cincuenta centavos ($ 37.50) en moneda de oro de los Estados Unidos de América del patrón de peso y finura existente en primero (1º) de octubre de mil novecientos veintiséis (1926), sin deducción por impuestos según lo especificado en el bono que aquí adelante se menciona, suma que son los intereses en seis meses pagaderos entonces sobre su bono representativo de oro a veinte años siete y medio por ciento garantizado y con fondo de amortización".

Como medida previa se requirió al Departamento en la persona del gobernador, quien alegó para el no pago las siguientes razones:

"Primera. Porque para poder juzgar acerca de la autenticidad y de la exigibilidad de los bonos sería preciso tener a la vista el contrato de empréstito a que ellos acceden, el cual no aparece acompañado a las diligencias. Segunda. Porque a título de traducción oficial de los bonos se ha traído una certificación del señor Restrepo Millán

que no tiene valor de versión o traducción, que es lo que pide la ley en los casos en que se presenten ante las autoridades documentos escritos en idiomas distintos del castellano, que es el oficial de la nación colombiana. Tercera. Porque median actos oficiales de moratoria que cobijan las deudas departamentales a que se refieren dichos actos nacionales de moratoria que cobijan las deudas departamentales a que se refieren dichos actos nacionales de moratoria, como los empréstitos Seligman y Baker Kellogg. Ya se sabe que los actos de autoridad competente constituyen fuerza mayor para el cumplimiento de obligaciones privadas. Cuarta. Como según la demanda la obligación que se cobra debe ser pagada en la ciudad de Nueva York, el honorable Tribunal Superior no es competente ni para requerir el pago ni para conocer de la actuación subsiguiente. Quinta. Porque la negociabilidad de los cupones está subordinada a las condiciones del respectivo contrato de empréstito: y como éste no aparece en las diligencias, no es posible apreciar si la transmisión de los cupones se ha hecho con arreglo a las formalidades contractualmente establecidas en el documento de empréstito correspondiente".

El Tribunal negó la ejecución en providencia de treinta de agosto de mil novecientos treinta y cinco, tomando como base principal de su auto la siguiente consideración:

"De acuerdo con el Decreto número 186, de 5 de febrero de 1932, se aprobó un convenio entre el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y varios departamentos y municipios, entre los primeros el Departamento del Valle, cuando la Junta de Control niegue el permiso a algún deudor (Departamento), para el traslado a los Estados Unidos de América, de fondos destinados al servicio de algún empréstito, podrá entonces dicho deudor efectuar el depósito de pesos colombianos de que trata el aparte I del Acuerdo mencionado, para comprar, según allí se indica, la suma de moneda de oro de los Estados Unidos que haya lugar a pagar conforme a los términos del respectivo empréstito, expresando cuál es el pago de intereses, de fondo de amortización si llega el caso, o de otro servicio en general, que desea efectuar o a cuenta del cual hace el depósito.

"Cuando quiera —dice el aparte II— que un deudor haya depositado cualquier suma como se dispone en el artículo 1º de este contrato, para cubrir o a cuenta de intereses vencidos o por vencerse sobre un empréstito, la República conviene en que mandará expedir al deudor o a su orden, en los Estados Unidos de América, de tiempo en tiempo, sobre la entrega al Representante Fiscal de la República, de cualquier cupón o cupones de tales intereses, un vale o scrip a cargo de la República, por un valor nominal de todos los cupones así entregados, el cual vale o scrip será sustancialmente de la forma siguiente:.....

"Viene luégo aquí el texto del vale o scrip, y en los siguientes artículos se continúa explicando la forma en que los deudores, o sean, los departamentos y municipios firmantes del convenio, han de pagar sus obligaciones expresadas en bonos o en cupones por razón de empréstitos externos.

"Vino después el Decreto 280 de 1932 y en su artículo 18 derogó los artículos 2º y 3º del Decreto 1951, de 31 de octubre de 1931, con lo cual quedó suprimida la posibilidad de pagar a los acreedores en moneda nacional cuando se negara a los departamentos o municipios los permisos para trasladar fondos al Exterior. Y este mismo artículo 18 dijo: "El servicio de los intereses de las deuas externas de los departamentos y municipios que suscribieron el convenio sobre emisión de vales o scrip aprobado por el Decreto número 186, de 5 de los corrientes, continuará haciéndose en la forma prevista en ese convenio".

"Lo que quiere significar que el servicio de pago de interesca por los departamentos, con motivo de obligaciones externas, no está suspendido absolutamente, y que sólo se pactó un arreglo en cuanto a la forma de atender a dicho servicio.

"Mas es el caso que el mandamiento ejecutivo pedido por el doctor Ulloa López es de "trescientos treinta dólares ($ 330.00), en moneda de los Estados Unidos de América, de oro acuñado, o en su equivalente en moneda legal colombiana, según la paridad intrínseca entre esta moneda y la extranjera, existente en los años de 1926 y 1928", y no siendo factible por disposiciones financieras imperativas de orden legal, vigentes en la actualidad, reclamar el pago de la deuda externa en la moneda que lo solicita el demandante, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, resuelve: "No se decreta el mandamiento ejecutivo..."

El mencionado auto fue apelado por el ejecutante. Venido el negocio a la Corte, se tramitó en esta segunda instancia hasta llegar a este momento en que toca ya a la Sala decidirlo.

El señor Procurador estima que debe presentarse el contrato, y para fundamentar su tesis, dice:

"Este despacho considera que el auto recurrido debe sostenerse porque además de las razones legales y jurídicas expuestas por el Tribunal de Cali para fundarlo, existe una que es esencial en el presente caso y es la de que los cupones base de la presente acción, no prestan mérito ejecutivo en la forma como están presentados, pues aunque es cierto que el artículo 3º de la ley 46 de 1923 dice que esos documentos o papeles son instrumentos negociables, no lo es menos, que están condicionados al hecho de que estén extendidos de acuerdo con el acto o contrato que les dio vida o realidad y por eso dice la citada disposición "que serán negociables de acuerdo con el contrato o con la disposición gubernativa en que se haya fundado la emisión de ellos, y a falta de tal disposición, de acuerdo con las disposiciones legales pertinentes".

"En el presente caso existe un contrato, según propia confesión del actor, en virtud del cual tienen realidad los cupones presentados como base de la ejecución, y ¿en dónde está la copia del contrato o disposición gubernativa para poder afirmar que los cupones en cuestión están de acuerdo con ellas? En ninguna parte, y por consiguiente, no se ha establecido que los cupones estén de acuerdo con el acto que los creó para que puedan ser negociables y presten mérito ejecutivo".

-En su último e importante alegato comenta así el doctor Alfonso Paláu, apoderado del ejecutante, el concepto transcrito de la providencia del Tribunal, fundamento de la denegación del mandato ejecutivo:

"El ejecutante demandó el pago en la forma establecida en el artículo 2º de la ley 46 de 1933, que es la que rige al respecto desde el 28 de noviembre de ese año para todas "las obligaciones originariamente contraídas en monedas o divisas extranjeras", sin excepción alguna".

La primera parte del artículo citado se refiere a divisas extranjeras y dice relación al cambio voluntario, o sea, al cambio económico internacional. El doctor Palau estima que debe darse por el juzgador aplicación al primer inciso del artículo 2º de la premencionada ley y ordenar el pago en billetes colombianos o del Banco de la República.

El Tribunal cree que no es factible reclamar el pago en la forma en que se hizo, por existir un convenio sobre emisión de vales o scrips, a lo cual contesta así el doctor Paláu:

"El Tribunal de Cali, reconociendo su competencia y la exigibilidad de la obligación por la vía ejecutiva, se abstuvo sin embargo de librar el mandamiento de pago por no haber sido demandado éste en la especie en que a su juicio debe ser hecho, o sea en los vales o scrips de los que contemplan los Decretos 186 y 280 de 1932". Más adelante agrega: "Pero como el Tribunal cree que lo que rige en el particular es lo establecido en el último aparte del artículo 18 del Decreto 280 de 1932, no como estipulación contractual que no obliga a terceros, sino como mandato legal de carácter general imperativo, ha debido librar el mandamiento de pago en la especie allí contemplada, aunque el acreedor lo hubiera demandado en otra".

Aspecto importante de la cuestión es el que se debate sobre si el pago debe ordenarse en la forma en que lo solicita el ejecutante, o si el juzgador, apartándose de los términos de la demanda, debe disponer que dicho pago se haga en vales o scrips; y se podría entrar a resolver sobre él, si no fuera porque el problema no está reducido a este punto concreto y preciso, pues hay otras diversas fases en el negocio, tales como la de saber si —como lo afirma el Tribunal, apoyado en las disposiciones legales que cita en su auto en la parte que se deja copiada— "el servicio de pago de intereses por los departamentos, con motivo de obligaciones externas, no está suspendido absolutamente"; o la de si los bonos o cupones vencidos representan o no obligaciones actualmente exigibles a cargo del departamento demandado; o la de si la deuda externa de dicho departamento está en moratoria, y, por tanto, si se hallan en suspenso todas las estipulaciones del contrato respectivo que dicen referencia al servicio de esa deuda, como alegan sobre este aspecto el Gobernador del departamento y el Procurador General de la Nación. Todas estas fases podrían estudiarse, si no fuera porque la Sala conceptúa que antes de decidir sobre ellas, es necesario resolver con antelación si la orden de pago debe librarse, averiguando si la demanda ejecutiva está precedida de todas las condiciones que la ley requiere para que ésta salga triunfante ante la justicia.

El artículo 996 del Código Judicial dice: "996. Cuando a un juez competente se le presenta por parte legítima un título de los que conforme a la ley traen aparejada ejecución, y se pide, en consecuencia, que se decrete la obligación que él expresa, el juez sin citar ni, oír al deudor, la decretará inmediatamente".

Para que proceda el juicio ejecutivo es, pues, indispensable que la acción o demanda se apoye en un título que tenga apare-

jada ejecución, y que se presente "por parte legítima". De modo que el juez competente a quien se presente una demanda ejecutiva debe examinar, para despacharla, el título presentado, con el fin de cerciorarse de que reúne los requisitos y circunstancias necesarias; y también debe inquirir si el ejecutante ha justificado su personalidad o la de su poderdante, o si tiene derecho para pedir.

Según el artículo 1º de la ley 46 de 1923, son instrumentos negociables los cupones que "pertenecen al tipo jurídico del pagaré negociable", como dice el doctor Víctor Cock en su tratado de "Derecho Cambiario Colombiano". El artículo 3º de la misma ley expresa que "los bonos, obligaciones o cupones de deuda, emitidos por entidades públicas o privadas, serán negociables de acuerdo con el contrato o con la disposición gubernamental o legislativa en que se haya fundado la emisión de ellos, y a falta de tal disposición, de acuerdo con las prescripciones legales pertinentes...."

El artículo 3º de la misma ley no incluye entre las condiciones para la negociabilidad alguna que diga relación al contrato que sirvió de fuente de las obligaciones. De aquí podría inferirse que para dicha negociabilidad nada tiene qué ver el contrato. A este respecto, la Sala acoge, porque es estrictamente jurídico, el siguiente comentario de la obra precitada:

"....los bonos pueden legalmente clasificarse, desde que en principio reúnen los requisitos adecuados, como instrumentos negociables, sólo que la ley sobre instrumentos negociables, como también su antecedente la Negotiable Instruments Law, fue expedida en consideración y con mira especialmente a los pagarés negociables, a las letras de cambio y a los cheques, y, en general, a instrumentos manifiestamente afines a los que se acaban de mencionar, y no a los bonos precisamente; observación ésta que puede ser de importancia al interpretar para aplicar la ley misma sobre instrumentos negocables a casos relacionados con bonos emitidos por entidades públicas o privadas, y especialmente al fijar el alcance del artículo 3º de la ley en cuanto dice que serán negociables "de acuerdo con el contrato o con la disposición gubernamental, etc."

Lo expuesto quiere decir que los bonos, aunque negociables en principio, pueden estar sometidos en su negociabilidad a condiciones determinadas en el contrato, lo que está indicando la presentación del contrato para definir a ciencia cierta este aspecto del asunto. No obstante esto, conviene transcribir la argumentación del Tribunal, porque éste llega a conclusiones distintas mediante el siguiente análisis:

"No es preciso que se acompañe a la demanda el contrato de empréstito para saber si la transmisión de los cupones se ha hecho con arreglo a las formalidades establecidas en aquel documento.

"Dice el artículo 3º de la ley 46 de 1923: "Los bonos, obligaciones o cupones de deuda emitidos por entidades públicas o privadas, serán negociables de acuerdo con el contrato o con la disposición gubernamental o legislativa en que se haya fundado la emisión de ellos, y a falta de tal disposición, de acuerdo con las prescripciones legales pertinentes. El propietario o tenedor de un bono, obligación o cupón al portador, puede, siempre que no se trate de un documento que circule como moneda, quitarle el carácter de negociable, poniendo bajo su firma una constancia en el bono, obligación o cupón, de que éste es propiedad suya, y en tal virtud, la suma respectiva sólo podrá pagarse a dicho propietario o tenedor, o a su representante o recomendado, a menos que el instrumento se endose en blanco, o al portador o a la orden, con expresión del lugar de residencia del endosante".

"En el presente caso considera el Tribunal que no se hace indispensable acompañar a la demanda el contrato de empréstito, para saber si la negociabilidad de los cupones se ha hecho con arreglo a las prescripciones de dicho contrato.

"El artículo 3º de la ley 46 de 1923 dice que los bonos, obligaciones o cupones de deuda, emitidos por entidades públicas o privadas, serán negociables de acuerdo con el contrato o con la disposición gubernamental o legislativa en que se haya fundado la emisión de ellos, y a falta de tal disposición, de acuerdo con las prescripciones legales pertinentes.

"Y en seguida expresa: el propietario o tenedor de un bono, obligación o cupón al portador, puede siempre que no se trate de un documento que circule como moneda, quitarle el carácter de negociable, poniendo bajo su firma una constancia en el bono, obligación o cupón, de que éste es propiedad suya, y en tal virtud, la suma respectiva sólo podrá pagarse a dicho propietario o tenedor, o a su representante o recomendado, a menos que el instrumento se endose en blanco, o al portador o a la orden, con expresión del lugar de residencia del endosante.

"Obsérvese bien que este mismo artículo que habla de bonos o cupones de deuda,

emitidos por entidades públicas o privadas, tiene en cuenta el bono o cupón al portador —que no sea documento que circule como moneda— para decir que se le puede quitar el carácter de negociable, poniendo el propietario o tenedor bajo su firma, en el bono o cupón, la constancia de que allí habla.

"Considera el bono o cupón al portador, sin distinguir si ese bono o cupón es o no de los emitidos por una entidad pública o privada. Y al estatuír que se le puede quitar el carácter de negociable, claramente le reconoce a ese bono o cupón al portador, esta calidad.

"Además, no se puede pensar que un bono o cupón al portador, que llena igualmente los otros requisitos del artículo 5º de la ley 46 de 1923, cualquiera que sea su procedencia, no sea un instrumento negociable.

"Y si los cupones presentados por el ejecutante, emitidos por el Departamento del Valle del Cauca, tienen las condiciones anotadas, es preciso concluir entonces con que el contrato de empréstito en virtud del cual se hizo la emisión, quiso que fueran negociables".

Evidentemente, los bonos o cupones son en principio negociables, pero el contrato puede establecer particularismos para esa negociabilidad, y exigir el contrato en la demanda ejecutiva no es negar esa negociabilidad sino establecerla de modo evidente, pues un auto ejecutivo no puede proferirse sino en virtud de una documentación indubitable e inconcusa.

Ahora, suponiendo que para establecer la trasmisión legítima del instrumento, no fuera preciso, como lo apunta el Tribunal, exhibir el contrato, ¿podría decirse entonces que por esta sola circunstancia, el tenedor o propietario está capacitado para exigir judicialmente el pago, en su nombre? Al respecto el artículo 54 de la ley "Sobre instrumentos negociables", dice: "El tenedor de un instrumento negociable puede exigir judicialmente el pago en su propio nombre, y el pago que se le haga en debida forma descarga el instrumento".

Este artículo significa que el tenedor tiene la acción judicial o la personería para el cobro del instrumento negociable. Pero, queda dicho, los bonos o cupones pueden estar sometidos a particularismos que restrinjan su negociabilidad "de acuerdo con las prescripciones legales pertinentes", según el artículo 3º preinserto, porque, no debe olvidarse, los bonos o cupones son documentos representativos de obligaciones que se otorgan con mediación de un intermediario, caso en el cual éste asume la personería judicial de los acreedores, en tesis general. Y para el caso particular que se estudia, hay que tener en cuenta además que en los cupones que sirven de recaudo ejecutivo se establece que el pago será en Nueva York, o en la oficina de International Acceptance Trust Company, o en la de J. & W. Seligman & Co.; lo cual sugiere la duda de si sí hay fideicomisarios o intermediarios que tengan la personería de los tenedores para el cobro judicial. En estas circunstancias, la Sala estima que es necesario presentar el contrato, para examinar si quien demanda es "parte legítima", porque tenga a su favor un título que le dé derecho a reclamar el pago de la deuda judicialmente.

No apareciendo esta circunstancia establecida de modo claro e indudable en el caso ocurrente, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema, confirma el auto apelado.

Sin costas.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Eleuterio Serna R., Pedro A. Gómez Naranjo, Aníbal Cardoso Gaitán. — Gustavo Gómez Hernández, Srio en ppdad.

APELACION EN EJECUCION

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales. — Bogotá, septiembre veinticinco de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente, doctor Eleuterio Serna R.)

Muy debatido ha sido el presente asunto sobre el cual recayó la providencia de primero de junio de este año, con la cual no se ha conformado el doctor Alfonso Palau, quien en un importante escrito pide la reposición del auto.

Sus argumentos principales son, extractado su memorial: Que los cupones como título de crédito son derechos personales muebles; que, por regla general, la tradi-

ción de esta clase de bienes se verifica por la entrega del título; que la posesión de éste hace presumir el dominio; que los cupones de deuda pública son instrumentos negociables, al tenor del artículo 257 del Código de Comercio y los artículos 3º 5º, 32 y 68 de la ley 46 de 1923; que un cupón al portador de un bono de deuda pública se negocia por la entrega, como lo dice el artículo 35 de la citada ley; que la primera parte del artículo 3º de ésta se refiere a bonos o cupones nominativos o a la orden, mientras que la segunda alude a bonos o cupones al portador; que según esta segunda parte de la disposición, estos cupones, pagaderos al portador, son por sí instrumentos negociables, mientras el tenedor de ellos no les quite tal carácter bajo su firma; que si entre las dos partes del nombrado artículo 3º hay alguna contradicción, debe prevalecer lo dispuesto en la segunda, conforme lo prescriben los artículos 1º a 3º de la ley 153 de 1887; que la Sala de Negocios Generales, al interpretar el artículo 3º de la ley 46, pone en contradicción la segunda parte con la primera; que los particularismos en la negociabilidad, si existen, deben ser materia de excepciones; que la exigencia de exhibir el contrato no se compadece con los artículos 67 y 68 de dicha ley 46, siendo así que de acuerdo con la segunda parte del artículo 3º de esa ley se debe presumir que el funcionario que suscribió los cupones al portador, se ajustó, al emitirlos en esa forma, a las estipulaciones del contrato.

Critica después el que se hubiera aludido a los banqueros, agentes fiscales del departamento ejecutado, para sugerir la Sala que podía también para los tenedores haber fideicomisarios, hipótesis que es una realidad, como lo confiesa el mismo memorialista cuando dice:

"Lo cual no significa que no pueda haber también fideicomisarios, distintos de los agentes fiscales. Tales fideicomisarios tienen indudablemente la representación de los tenedores de bonos y aun pueden tener la personería judicial de ellos en ciertos casos, como, por ejemplo, para perseguir colectivamente la prenda común que garantiza adicionalmente la efectividad de esos créditos. Para proteger los derechos de la totalidad de los acreedores de una obligación indivisible, como es la del departamento, puede haberse constituído un fideicomisario que acepte y haga efectiva judicialmente, llegado el caso, la prenda común, que por su naturaleza pueda ser indisible. Esos fideicomisarios son en el presente caso el Bank of Manhattan Trust Company y el Central Hanover Trust & Bank Company. Pero, podría a la luz de nuestra legislación, que es la del domicilio del deudor, suponerse que la designación de un fideicomisario impida a cualquiera de los tenedores de título al portador acudir individualmente a la justicia colombiana para que decrete la obligación parcial expresada en los documentos al portador de que es tenedor?".

No niega el memorialista que el juzgador debe, antes de decretar la ejecución, determinar si el documento es presentado por parte legítima, sobre lo cual emite este concepto: "....parte legítima no es sólo en el juicio el fideicomisario, cuando no se trata de ejercitar las facultades especiales que le otorga el contrato, sino también cualquier tenedor de cualquiera de los bonos o cupones emitidos al portador, especialmente cuando sólo se trata de hacer efectivos cupones vencidos pagaderos al portador, correspondientes a esos mismos bonos de que es poseedor el actor o demandante".

Habla en seguida de la revocabilidad del mandato, y manifiesta que la derogación de este principio en un convenio sería nula de pleno derecho.

Sobre la negociabilidad de los cupones dice:

"Pero la esencia de la negociabilidad de un instrumento de crédito reside principalmente en que los instrumentos negociables pueden trasmitirse por endoso si son a la orden y por entrega si son al portador (ley 46 de 1923, artículo 5º), y en que la persona que así los adquiere y los tiene puede exigir judicialmente el pago en su propio nombre (artículo 54 ibídem). La negociabilidad sin esos atributos esenciales sería palabra vana. De suerte que al reconocerles a los cupones acompañados a la demanda la negociabilidad, pero desconociendo la trasmisión legítima de ellos al portador y la personería legítima de éste para cobrar su valor judicialmente, la H. Sala ha caído en una lamentable contradicción, de la cual confío que saldrá con la ayuda de Dios, mediante la reposición que le pido con el mayor respeto y encarecimiento".

Lo restante de su exposición lo refiere el señor memorialista a la forma de pago, que debe ser, según él, la que indica el artículo 2º de la ley 46 de 1923.

Entra ahora la Sala a hacer algunas consideraciones:

Primera. ¿El portador de un cupón es parte legítima para reclamar por sí mismo su cobro?

Por regla general, el acreedor de un título al portador es el poseedor, pues esta posesión implica una presunción de dominio y da derecho: al portador, para cobrarlo, y al deudor, para hacer el pago al portador. En esas circunstancias, el traspaso de la propiedad se verifica por la entrega del título.

Conforme a este principio, la ley 46 de 1923 prescribe que si el título es pagadero al portador, se negocia por la entrega (artículo 32): que el tenedor tiene la personería para proceder judicialmente sin intervención de otro en el juicio (artículo 54), y que si el tenedor no lo es en debida forma, el deudor puede excepcionar.

El artículo 1º de la ley 46 enumera entre los instrumentos negociables los cupones; y el 5º de la misma exige para que un instrumento sea negociable:

1º Que conste por escrito y esté firmado por el que lo extiende o lo gira;

2º Que contenga una promesa incondicional o una orden de pagar una suma determinada de dinero;

3º Que sea pagadero a su presentación o a un tiempo futuro fijo o determinable;

4º Que sea pagadero a la orden o al portador, y

5º Que cuando esté dirigido a un girado, se exprese en él el nombre o indicación cierta de éste.

Todos estos principios se han tenido en cuenta por la Sala, y por eso estima que las normas generales de los instrumentos negociables dicen que el tenedor tiene a su favor una presunción y, por tanto, la acción judicial. Pero anota también que en esa misma ley existe el artículo 3º, que hace referencia a derechos que emanen de contratos, y que, por consiguiente, por encima de las disposiciones generales está la ley del contrato, donde pueden existir particularismos, como se dijo en el auto que se revé. Y, ¿qué dice el contrato con referencia a la acción judicial para el cobro? ¿La tiene el que presenta el solo cupón, o debe presentarse con el bono?

Mientras no se acompañe el contrato al juicio, la Sala no puede resolver esas cuestiones; y por eso lo ha echado de menos, porque sin él no puede cerciorarse claramente de quién tiene la acción judicial, pues no puede asegurarse que la frase al portador signifique para un caso particular una transferencia perfecta, absoluta. Muy distinto es que el departamento deudor así lo considere y pague con la simple vista del cupón: él lo puede hacer, como es obvio; pero el juzgador no puede, sin conocer el contrato, saltando por encima de las estipulaciones de él, obligar a un pago ejecutivamente. Siendo el juicio ejecutivo uno en que se condena sin debate previo, debe estar rodeado de seguridades: por eso se exige que la obligación sea claramente eficaz.

Quiere decir esto que el juzgador debe tener certidumbre de que el título que se le presenta como recaudo ejecutivo, además de contener en sí la manifestación de una obligación expresa y exigible, a cargo del deudor, sea claro también respecto al acreedor y respecto al deudor; es decir, que el acreedor lo sea verdaderamente y que tenga la personería para exigir el pago, porque haya una evidente relación de derecho entre él y el obligado. Esa claridad tiene que aparecer de modo cierto en el título, pues si es dudosa, el juzgador debe abstenerse de librar la ejecución, más bien que librarla para que la duda sea discutida en excepciones.

No es lo mismo la capacidad procesal que la capacidad para ser sujeto de derechos. En los juicios ejecutivos, *in limine litis*, el juez debe ver de oficio esa capacidad, y no esperar la correspondiente excepción de ilegitimidad de la personería. No hay que recurrir siempre al concepto primitivo de parte, según el cual sólo lo es quien es titular de la relación jurídica sobre que el proceso versa. Si así fuera, toda otra persona que interviniera en el juicio habría de hacerlo en representación de alguien.

Lo que sucede en algunos casos es que el titular del derecho no tiene la capacidad procesal para exigir por sí mismo su derecho en juicio. Así, un quebrado o un concursado no pueden comparecer ante la justicia en exigencia de sus créditos, porque quien tiene la personería para ello son los síndicos del concurso o de la quiebra, que son terceras personas intermediarias que están dotadas de capacidad procesal por sí mismas, en virtud de su titularidad sobre la relación de administración que les confiere la ley. Por eso no es erróneo suponer —como dice Angel Enciso, profesor de Derecho Procesal en la Universidad de Madrid— "casos de actuación procesal en nombre propio de relaciones o situaciones jurídicas materiales ajenas".

Siendo esto así, como lo es jurídicamente, aunque el que impetre la ejecución sea el tenedor de los bonos o cupones, puede, sin embargo, no tener la personería para reclamar su exigibilidad en juicio, porque, en un caso como el presente, no se ve clara su capacidad procesal, todo lo cual está indicando la necesidad de ver el contrato para determinar si propiamente tiene esa

capacidad; ya que cuando la ley 46 hace referencia al contrato, y cuando existen intermediarios que pueden ser quienes tengan esa capacidad procesal para demandar a la entidad deudora, no se puede hacer valer la argumentación sobre mandato, pues bien puede suceder que el fideicomisario no sea en el juicio un mero representante, sino la verdadera parte legítima. Todo esto lleva a la conclusión de que la documentación acompañada para impetrar la ejecución es débil.

La Sala, en la providencia revista, estimó que era necesario presentar el contrato para saber si quien demandaba era "parte legítima", ya que ésta no es siempre quien aparezca como propietario de un crédito, sino la persona que tenga la acción judicial para el cobro; y no se sabe si los fideicomisarios o intermediarios son los que tienen la personería de los acreedores para el cobro judicial, mientras el contrato no se haya hecho valer en juicio.

Si el fideicomisario es un representante de acreedores indeterminados, y aun futuros, calidades que pueden existir en el tenedor de bonos o cupones, no aparece claro que cualquier tenedor pueda por sí revocar tácitamente ese mandato, como lo sugiere el doctor Paláu.

No hallándose de modo evidente que el señor Ulloa sea parte legítima, no es preciso, ni se debe entrar al fondo de la obligación para determinar si la moratoria ha suspendido o no los efectos del contrato a que se refieren los cupones.

Segunda. Como el peticionario invoca una serie de razones en favor de la negociabilidad de los cupones de deuda pública, basándose en principios generales aplicables a todos los documentos que llevan tal cualidad, y en que, por tanto, no es indispensable la presentación del contrato para juzgar si existen o no modalidades en él acerca de la negociabilidad de los bonos o cupones a fin de tener por cierta la personería del ejecutante al exigir judicialmente el cobro, es oportuno transcribir lo que a este respecto dice el señor Procurador de la Nación con razones fundamentales y convincentes:

"No se está discutiendo acerca de la negociabilidad de los bonos o cupones como lo pretende el demandante. Sólo ha dicho la Corte que dicha negociabilidad está sujeta a los términos del contrato mismo, según el mencionado artículo 3º de la ley 46 de 1923, con lo cual no se les quita este carácter. Se trata de una modalidad especial que el legislador quiso dar a esta clase de documentos. De aquí la razón para que el doctor Víctor Cock, en sus comentarios a la ley 46 de 1923, diga "que los bonos pueden clasificarse, desde que en un principio reúnan los requisitos adecuados, como instrumentos negociables, como también su antecedente la Negotiable Instruments Law, fue expedida en consideración y con mira especialmente a los pagarés negociables, a las letras de cambio y a los cheques, y, en general, a instrumentos manifiestamente afines a los que se acaban de mencionar, y no a los bonos precisamente". Muchos autores extranjeros sostienen más o menos la tesis de dicho autor, en cuanto al carácter de negociabilidad de los bonos y cupones de deuda pública, y entre ellos puede citarse a Joseph, Doddrige Brannan, profesor de la Universidad de Harvard, quien sostiene que los únicos instrumentos sujetos a la ley de instrumentos negociables son las letras de cambio, los pagarés y los cheques".

Acorde con este concepto, y con lo dicho en el auto suplicado, para la Sala no basta simplemente que los papeles sean al portador para que sean negociables, sino que requieren otras condiciones, como lo dice la tantas veces mencionada Ley 46; lo que se justifica, porque la disciplina jurídica de la circulación del título de crédito varía según la forma adoptada por éste. De modo que si en principio todos los títulos de crédito son trasmisibles, puede suceder que la negociabilidad de algunos de ellos no confiera al tenedor todos los derechos, porque esa negociabilidad esté sujeta a una calidad especial, que puede resultar de la ley, de la naturaleza del derecho, o de la voluntad de los contratantes; y entonces la regulación de su circulación varía según la clase de títulos de que se trate.

Así, por ejemplo, el grupo de documentos que el Código de Comercio en su artículo 93 llama efectos públicos comprende los títulos de crédito contra el Estado, los Departamentos, los Municipios, los establecimientos públicos y las sociedades anónimas establecidas de conformidad con la ley y con autorizaciones gubernamentales, etcétera. Estos títulos, aunque sean al portador, pueden tener alguna calidad especial para su negociabilidad, porque, al emitirse o prometerse, entran en una de las clasificaciones del artículo 3º de la Ley 46; calidad especial que hace que ellos sean "negociables de acuerdo con el contrato o con la disposición gubernamental o legislativa en que se haya fundado la emisión de ellos", según los términos del artículo 8º de la procitada Ley.

En principio, en materia de títulos al portador, el derecho se incorpora al título y se confunde con él, de suerte que el portador

se presume ser el titular del derecho allí constituído, y él puede exigir las prestaciones, sin que pueda rehusársele el pago de los cupones vencidos. Esto, porque los instrumentos negociables gozan de una presunción legal inicial de causa válida y suficiente. Empero, el artículo 3º es especial, pues los cupones de deuda, emitidos conforme a contratos, tienen que estar sujetos a los particularismos de estos contratos que son, por lo general, muy complejos; y puede suceder que las consecuencias de esa negociabilidad, como son las de que el tenedor tenga la acción judicial para el cobro, puedan tener alguna particularidad en el contrato, como se ha dicho.

Al suponer que estos particularismos existan en el contrato no ha incurrido la Sala en un error, puesto que no lo ha afirmado como una verdad, sino como hipótesis, según los términos del recurrente, y no ha incurrido en error la Sala, porque el legislador determina un acuerdo entre los documentos y el contrato; de modo que para saber si hay ese acuerdo se requiere la presentación del contrato mismo, sin que valga arguír, como lo hace el peticionario, que si esos particularismos existen, le corresponderá al deudor discutirlos en excepciones, porque se ha dicho, y se repite, para librar ejecución es necesario que el título sea claro respecto del acreedor y del deudor, esto es, que el vínculo jurídico entre ellos sea exacto y real.

Por lo expresado, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema, no revoca el auto de primero de junio de este año.

Notifíquese y cópiese.

Eleuterio Serna R., Pedro A. Gómez Naranjo, Aníbal Cardoso Gaitán. Gustavo Gómez Hernández, Srio.

PENSION CIVIL

No hallada en los libros parroquiales una partida de bautismo, matrimonio o defunción, la reparación de la omisión de la partida requiere una sentencia eclesiástica, conforme lo prescribió la Conferencia Episcopal de 1927.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, junio veintidós de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente, Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

La señorita Belarmina Franco, vecina de Ubaté, por medio de su apoderado, doctor Raimundo Ruiz Santos, pide a la Corte que le sea decretada a su favor una pensión de jubilación, con arreglo a la Ley 114 de 1913 y concordantes.

Para llenar tal fin presenta la siguiente documentación:

Certificación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, de fecha 28 de noviembre de 1935, de que la peticionaria no ha recibido pensión ni recompensa del Tesoro Nacional.

Declaraciones de los señores Edilberto Rodríguez G. y Rafael Ruiz Santos, rendidas ante el Juez 3º Civil del Circuito de Bogotá, con intervención del Agente del Ministerio Público, de que la señorita Franco es persona honorable y de buena conducta, y carece de todo medio de subsistencia distinto del sueldo que devenga como maestra. El Administrador de Hacienda Nacional certifica con fecha 14 de marzo último, que fue gravada en el año de 1932 con el impuesto sobre la renta por concepto de sus siguientes, porque no alcanzó su sueldo a sueldo como maestra, pero nó en los años ser gravable.

Certificación del Director de Educación Pública del Departamento de Cundinamarca, de fecha 22 de agosto de 1935, de que regentó escuelas primarias oficiales, con honradez y consagración, por espacio de 21 años, 7 meses y 22 días.

Copia de una diligencia expedida por el señor Cura de Muzo, sentada en el libro de bautismos de dicho lugar en el año de 1916, en la cual consta que no se halló la partida de bautismo de Berlarmina Franco, porque el archivo fue incendiado en la última guerra, pero que a 25 de diciembre de 1916 se presentaron en el despacho parroquial los señores Francisco Mejía, Braulio Reondo y la señora Heliodora Padilla, y declararon bajo la gravedad del juramento que les consta como testigos presenciales que la se-

ñora Belarmina Franco fue bautizada en la iglesia de ese lugar el día 12 de febrero de 1884.

El Ministerio de Educación Nacional formula, a la última pieza enumerada, la objeción consistente en que al final del segundo párrafo, después de la palabra "Padilla", se lee la frase "el día doce de febrero de 1884", que es una intercalación hecha por mano distinta a la del escrito, tratando de imitarlo.

Sin necesidad de entrar al examen del reparo hecho por el Ministerio al documento presentado para acreditar la edad de la peticionaria, la Corte observa que, aún dando por sentado el valor legal que pueda tener una prueba supletoria eclesiástica, la que se presenta como tal no llena los requisitos exigidos por las autoridades eclesiásticas.

En efecto: la Conferencia Episcopal de 1927 resolvió el 28 de octubre de ese año, lo siguiente:

"Artículo 1º En caso de haberse omitido alguna partida de bautismo, matrimonio o defunción en los libros parroquiales, los interesados se dirigirán al señor cura párroco por medio de solicitud en la cual indiquen los nombres, vecindad, etc., de los testigos que presenciaron el hecho de que se trata, solicitud que será enviada por el señor Cura Párroco al Provisorato de la respectiva curia.

"Artículo 2º El señor Provisor u Oficial Eclesiástico, oído previamente el concepto del Promotor Fiscal y con audiencia de las partes y procediendo de oficio, admitirá las pruebas que sobre el hecho se dieren; citará los testigos, librará exhortos, si fuere el caso, y si hallare suficientes las pruebas inducidas, ordenará, en virtud de sentencia judicial, que se procede a reparar la omisión de la partida.

"Artículo 3º El Párroco inscribirá la sentencia del señor Provisor u Oficial Eclesiástico en el lugar correspondiente a la fecha en que se le comunica la copia de la sentencia, y anotará su referencia al margen del lugar en que la partida fue omitida". (Conferencias Episcopales de Colombia, desde 1908 hasta 1930, Imprenta del C. de Jesús, Bogotá, página 94).

Claramente se ve, por las disposiciones transcritas sobre la manera de llenar con pruebas supletorias las omisiones en los libros parroquiales, que ellas exigen una sentencia judicial eclesiástica, basada en las pruebas que se hayan allegado en el informativo, y esos requisitos no se han cumplido en el presente caso en que el párroco, pretermitiendo tales formalidades, aparece dando entrada directamente a esa pretendida prueba supletoria.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que la señorita Belarmina Franco no es acreedora al beneficio invocado por no haber comprobado satisfactoriamente que tiene cincuenta o más años de edad.

Reconócese al doctor Raimundo Ruiz Santos como apoderado de la peticionaria, en los términos y para los fines expresados en el memorial poder que obra en autos.

Publíquese, cópiese, notifíquese y archívese en oportunidad el expediente.

Eleuterio Serna R., Aníbal Cardoso Gaitán, Pedro A. Gómez Naranjo, Gustavo Gómez Hernández, Srio. en ppd.

EXCEPCION EN JUICIO EJECUTIVO

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, julio veinticinco de mil novecientos treinta y seis.

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

Con fecha 10 de julio de 1928, la Contraloría foneció las cuentas de la Administración de la Renta de Licores del Chocó, correspondientes a los meses de mayo, junio y julio de 1920, con un alcance de $ 15.457.26, a cargo del responsable señor Aristides Abadía Valencia. Como éste no rindió las cuentas referidas, se formularon por tanto, de conformidad con los artículos 418 y 419 del Código Fiscal. Teniendo en cuenta los ingresos y los egresos en los demás meses del año, se obtuvo una diferencia de $ 9.547.95 en los tres meses. Además, se declaró también como alcance la suma de $ 5.909.41 que era el saldo de caja en 30 de abril y que fue entregado al señor Abadía Valencia. Como el interesado no intentó recurso alguno contra la providencia anterior, se de-

claró ejecutoriada por la Contraloría y se pasó el asunto al juzgado de jecuciones fiscales.

El 31 de julio de 1930, el Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales decretó orden de pago por la vía ejecutiva a favor del Tesoro Nacional y en contra del señor Aristides Abadía Valencia, por la cantidad de $ 15.457.36, los intereses y las costas.

Adelantada la ejecución, el interesado propuso excepciones y el incidente pasó para su decisión al Tribunal Superior de Bogotá. El Tribunal lo envió a la Corte con fecha 9 de abril de 1932, por corresponderle a esta entidad el conocimiento (artículos 36, numeral 5º, y 1228 del C. J.)

La Sala de Negocios Generales, en auto de 17 de noviembre de 1933, ordenó traer al expediente algunas pruebas. Cumplida esta exigencia, pasó al despacho el negocio para resolver en el fondo y a ello se procede, agotada como está la tramitación legal correspondiente.

La excepción propuesta por el señor Abadía es la de pago. Para probarla el apoderado del ejecutado, doctor Gerardo García Gómez, acompañó varios recibos, un certificado de la Secretría de la Oficina General de Cuentas y Estadística y el acta de entrega de las existencias, útiles y enseres pertenecientes a la Administración General de la Renta de Licores de la Intendencia General del Chocó, hecha al señor Angel A. Arrunátegui el dos de agosto de 1920.

Cuatro recibos están firmados por el señor L. Mosquera Lozano, Contador encargado de la Administración General del Tesoro de la Intendencia Nacional del Chocó. Fueron expedidos por las siguientes cantidades y en las fechas que se anotan: uno por $ 3.800, el 20 de mayo de 1920; uno por $ 5.000, el 8 de junio de 1920; uno por $ 2.500, el 8 de julio de 1920, y uno por $ 2.600, el 31 de julio de 1920. Total: $ 13.900.

En relación con los recibos anteriores la Corte ordenó la práctica de varias diligencias. De ellas se deduce lo siguiente el señor Lisandro Mosquera Lozano, quien expidió los recibos, era Contador tenedor de libros de la Administración General del Tesoro y quedó encargado de la Administración, por Decreto número 25, de 24 de febrero de 1920; hay constancia en el libro de "Cuenta y Razón" de la Administración General del Tesoro de las remesas recibidas de la Administración de la Renta de Licores por las cantidades que mencionan los recibos, en las fechas allí expresadas; según certificado de la Contraloría, las cantidades anotadas en los recibos están incorporadas en las cuentas de los meses de abril, mayo, junio y julio de 1920, rendidas por el señor J. Zúñiga Angel, como Administrador General del Tesoro del Chocó.

Está, por consiguiente, plenamente comprobado que los recibos son auténticos y que el ejecutado pagó la cantidad de $ 13.900 a que ellos se refieren, suma que debe descargarse del alcance que le dedujo la Contraloría.

También hay la prueba de que el señor Abadía entregó vales y efectos por valor de $ 1.194.84 a la persona que lo sucedió en el cargo y de que pagó al señor Yuad Cajale la suma de $ 560, valor de veinte cántaras de alcohol de 40 grados dadas en calidad de préstamo el 31 de marzo, y de 20 con el mismo carácter el 5 de abril, es decir en época en que el citado señor Abadía no estaba encargado de la Administración de la Renta de Licores. Todas estas cantidades sumadas dan una cifra superior a la del alcance que ha servido de base a la ejecución.

Por todo lo anterior se llega a la conclusión de que está comprobada la excepción de pago propuesta por el ejecutado.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, declara probada la excepción de pago propuesta por el señor Aristides Abadía Valencia, en el juicio ejecutivo que le adelanta el Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales para hacerle efectivo un alcance que se le dedujo en las cuentas de mayo, junio y julio de 1920, como Administrador de la Renta de Licores del Chocó. Se ordena —en consecuencia— levantar el embargo de los bienes y suspender la ejecución.

Cúmplase el artículo 351 del C. J.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Eleuterio Serna R., Aníbal Cardoso Gaitán, Pedro A. Gómez Naranjo. Gustavo Gómez Hernández, Srio. en ppd.

EXCEPCIONES EN JUICIO EJECUTIVO

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, agosto doce de mil novecientos treinta y seis.

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

La Recaudación de Hacienda Nacional de Honda libró mandamiento ejecutivo contra el señor Roberto Echeverri V. y a favor de la Nación por la cantidad de $ 7.20 centavos, los intereses y las costas, proveniente la referida suma del impuesto sobre la renta en el año de 1933, según reconocimiento número 273 de 20 de noviembre de 1934.

El Administrador de Hacienda Nacional de Bogotá avisó al Recaudador de Honda que el señor Roberto Echeverri Villegas fue aforado en esta ciudad por la renta de 1933, con $ 8.40, sobre renta estimada o calculada, pues no declaró, y que el aforo se hizo sobre $ 700, por tradición o informaciones de años anteriores, para los cuales presentó balance general.

El Jefe de Impuestos Nacionales de Honda, resolvió que las diligencias fueran remitidas al señor Administrador Principal de Hacienda Nacional del Tolima para que ordenara borrar de las listas al señor Echeverri, por haber sido gravado en el lugar de su domicilio.

El señor Administrador Principal de Hacienda Nacional de Ibagué, en comunicación número 1517 de 1935, dijo al Recaudador de Hacienda Nacional de Honda lo siguiente, en relación con lo pedido por el Jefe de Impuestos Nacionales de Honda:

"Esta Administración no puede dictar la Resolución que indica el informe hecho por la Jefatura Nacional de Impuestos de ese lugar, porque al hacer la averiguación del caso con el Administrador de Hacienda Nacional de Cundinamarca, aquel funcionario, por medio de comunicación telegráfica, contestó que no habían sido incluídos los bienes o rentas obtenidas en otros Municipios. En tal virtud, usted se servirá continuar el juicio ejecutivo en mención, hasta obtener el pago del impuesto que se persigue".

El ejecutado propuso las excepciones de pago de lo que se le cobra e inexistencia de la obligación. Funda estas excepciones en que fue gravado en Bogotá y que por consiguiente no podría serlo en Honda y en que la renta proveniente de una casa que posee en Honda fue tenida en cuenta en Bogotá para liquidar el impuesto. Para comprobar los hechos acompañó el siguiente certificado que se ordenó tener como prueba al fallar durante el término correspondiente:

"Administración de Hacienda Nacional.—Departamento de Cundinamarca.—Bogotá, noviembre 20 de 1935.

"El suscrito, en atención a lo solicitado en el memorial anterior,

"CERTIFICA:

"El señor Roberto Echeverri presentó en esta Administración su declaración para fines de 1932, del impuesto sobre la renta, incluyendo en ella el producto de una casa de su propiedad ubicada en el municipio de Honda en el Departamento del Tolima. En la tarjeta del kárdex se dejó la constancia correspondiente en relación con la finca mencionada. Para el año de 1933 el señor Echeverri no declaró y por consiguiente fue aforado por tradición, es decir teniendo en cuenta las informaciones que se encuentran en la tarjeta del kárdex para años anteriores y fue gravado con un impuesto mayor que el año anterior.

Alberto Camargo Rubio,

Administrador General de Hacienda Nacional".

Tramitando legalmente el incidente de excepciones, la Corte pasa a decidirlo, previas las siguientes consideraciones:

Es verdad que el certificado transcrito, que es la única prueba presentada por el excepcionante, dice que la renta del año de 1933 se fijó por falta de denuncio teniendo en cuenta las informaciones que se encuentran en la tarjeta del Kárdex para años anteriores, tarjeta en la cual se dejó la constancia correspondiente en relación con la casa de Honda. Pero por otra parte figura en el expediente el telegrama del señor Administrador de Hacienda Nacional de Bogotá que dice de manera terminante que el aforo de la renta en esta ciudad no incluyó la renta de otros Municipios. El despacho mencionado dice así:

"Administración de Hacienda Nacional de Cundinamarca.—Bogotá, 21 de agosto de 1935.— Número 461.— Administrador Ha-

cienda Nacional Ibagué.—Refiérome suyo 1488. Fecha: 19. Roberto Echeverri Villegas no declaró aquí año 1933. Fue aforado con ocho pesos cuarenta centavos ($ 8.40), que pagó recibo número 24771, agosto diez (10) de 1934. Aforo no incluyó renta otros Municipios.—Servidor, Jaime González Ortiz, Administrador Hacienda Nacional".

Está, pues, claramente establecido que la calificación de Bogotá no incluyó la renta proveniente de bienes o de negocios de otros Municipios y por tanto, la excepción de inexistencia de la obligación no puede prosperar.

Tampoco está comprobada la excepción de pago, porque ya se ha visto que la suma pagada en esta ciudad no comprende la renta de otros Municipios. Con relación a la calificación hecha por la renta de Honda, que el excepcionante asegura se refiere solamente a una casa de su propiedad que ya estaba incluída en la renta de Bogotá, el Administrador de Hacienda Nacional de Honda dice lo siguiente en comunicación dirigida al señor Echeverri, que figura al folio 17 del cuaderno principal:

"Estimo que la Junta ha gravado a usted el producto de la renta de sus negocios en esta ciudad según aforo que le hayan hecho, y no solamente el producido de su casa que tiene en esta ciudad, según lo cree usted, pues al ser así mal podrían llegar esos gravámenes a las sumas antes fijadas, que de ninguna manera lo podrían tampoco causar los simples arrendamientos de la casa. Considero por lo tanto que lo que usted tendría que comprobar con certificado de la Administración de Hacienda Nacional de Bogotá, es que en la declaratoria de renta por esos años hecha por usted allá, denunció esos arrendamientos y las utilidades de sus negocios aquí".

No aparece la prueba de la circunstancia anotada por el señor Administrador de Hacienda Nacional de Honda. Por el contrario, está demostrado que el impuesto pagado en Bogotá no comprende la renta de otros Municipios.

Por tanto, 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 en este juicio por el señor Roberto Echeverri V.

Sin costas.

Cópiese, notifíquese, publíquese y oportunamente devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Eleuterio Serna R., Aníbal Cardoso Gaitán, Pedro A. Gómez Naranjo. Gustavo Gómez Hernández, Srio. en ppd.

EXCEPCIONES EN JUICIO EJECUTIVO

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, agosto catorce de mil novecientos treinta y seis.

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

El Recaudador de Hacienda Nacional de Angelópolis libró mandamiento ejecutivo contra el señor Juan de Dios Saldarriaga R. y a favor de la Nación por la cantidad de seis pesos ($ 6), los intereses y las costas, proveniente tal suma del impuesto sobre la renta en el año de 1934. El ejecutado propuso excepciones dentro del término legal, las cuales fueron pasadas a la Corte para su decisión. Tramitado legalmente el incidente, se procede a resolverlo, previas las siguientes consideraciones:

El señor Procurador General de la Nación emitió su concepto sobre las excepciones en los siguientes términos:

"1ª Inexistencias de la obligación demandada. No aparece acreditada en parte alguna la excepción de que se trata, pues muy al contrario aparece una obligación tributaria impuesta por la ley y que está insoluta.

"2ª Improcedencia del auto ejecutivo. Es tan temeraria esta excepción, que apenas me limito a hacer constar que la ejecución librada contra el excepcionante es el procedimiento usual que la ley determina para los deudores morosos del fisco.

"3ª Error de cuenta. Como el ejecutado apenas enunció esta excepción, sin hacer el menor esfuerzo por acreditarla, para

decir lo menos, afirmo enfáticamente que no está probada.

"4ª Propone como excepción también todo hecho en virtud del cual las leyes desconocen la obligación o la declaran extinguida si alguna vez existió, pero la existencia de la obligación es tan clara que es inútil entrar a demostrar la temeridad del actor".

La Corte encuentra fundadas las conclusiones del señor Procurador. En efecto, el excepcionante no solicitó pruebas durante el término respectivo ni alegó ante la Corte razones de ninguna clase para justificar las excepciones propuestas.

El auto ejecutivo se apoyó en el reconocimiento hecho por el Recaudador del impuesto correspondiente al año de 1934, documento que presta mérito ejecutivo de conformidad con el artículo 1059, numeral 2º, del C. J.

Al serle notificado el auto ejecutivo, manifestó el interesado que no había hecho denuncio de renta por carecer de ella, lo cual comprobaría con declaraciones de testigos. No solicitó en tiempo oportuno las pruebas ofrecidas ni aparece por otra parte probado en el expediente el fundamento de las excepciones. Es, por tanto, procedente declarar éstas no probadas.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, de acuerdo con el Procurador General de la Nación y adminstrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley declara no probadas las excepciones propuestas por el señor Juan de Dios Saldarriaga R. en el juicio ejecutivo que le adelanta el Recaudador de Hacienda Nacional de Angelópolis.

Se condena en costas al excepcionante.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Eleuterio Serna R., Aníbal Cardoso Gaitán, Pedro A. Gómez Naranjo. Gustavo Gómez Hernández, Srio. en ppd.

EXCEPCION DE PRESCRIPCION DE LA ACCION EJECUTIVA

La prescripción extintiva de la acción ejecutiva se extiende a las deudas fiscales, según doctrina de la Corte.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, agosto catorce de mil novecientos treinta y seis.

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

La Recaudación del Impuesto sobre la Renta de Bogotá reconoció con fecha 23 de octubre de 1933 en favor de la Nación y a cargo de Gamboa Guzmán & Co. la suma de $ 130.48, correspondientes al impuesto sobre la renta en el año de 1920. La misma oficina libró mandamiento ejecutivo contra los citados señores por la cantidad expresada, los intereses y las costas, en la misma fecha del reconocimiento.

El acto ejecutivo fue notificado al señor doctor Avelino Gamboa, socio de la Compañía deudora, quien propuso la excepción de prescripción, la cual funda en las siguientes razones:

"Sirve de recaudo ejecutivo el reconocimiento hecho por el Recaudador del impuesto sobre la renta, según el cual aparece que la Sociedad Gamboa Guzmán & Co. es deudora del Tesoro Nacional de la suma de $ 130.48 correspondiente al impuesto sobre la renta liquidada a cargo de esa sociedad en el año de mil novecientos veinte, pago que debió hacerse en el año de 1921, conforme a las disposiciones legales que regulan el pago de ese impuesto.

"Han transcurrido más de diez años desde le fecha en que ese pago debió efectuarse, y por tanto la acción ejecutiva está prescrita, al tenor de lo dispuesto en el artículo 2536 del C. C."

Tramitado en la Corte legalmente el incidente, se pasa a resolverlo, previas las siguientes consideraciones:

Durante el correspondiente término de prueba, el ejecutado presentó un certificado del Administrador de Hacienda Nacional de Cundinamarca, en el cual consta lo siguiente:

"Que de acuerdo con el artículo 24 del decreto número 794 de 1919, el impuesto sobre la renta debía pagarse así: lo correspondiente al primer semestre en el mes de octubre del mismo año y el segundo semestre en el mes de marzo del año siguiente. En

consecuencia, los recargos por mora en el pago del impuesto sobre la renta en el año de 1920, comenzaron a cobrarse así: los correspondientes al primer semestre, en el mes de noviembre de ese año y los correspondientes al segundo semestre, en el mes de abril de 1921".

La acción ejecutiva prescribe a los diez años, conforme al artículo 2356 del C. C., que se cuentan desde que la obligación se ha hecho exigible. (Artículo 2535, inciso 2º, ibídem). La deuda que se cobra en este juicio, por impuesto sobre la renta correspondiente al año de 1920, se hizo exigible desde el mes de abril de 1921, como se desprende del certificado que se ha transcrito, según el cual los recargos legales por la mora empezaron a cobrarse desde el mes y año citados. Transcurrieron más de diez años desde que la obligación se hizo exigible, hasta el día en que se libró orden de pago por la vía ejecutiva para hacer efectiva la deuda, y por tanto, la prescripción ya se había consumado cuando se inició la acción, y así debe declararse.

La Corte en sentencia de fecha 20 de mayo de 1935 (GACETA JUDICIAL, número 1897), y posteriormente en varios fallos, ha sentado la doctrina de que la prescripción extintiva de la acción ejecutiva se extiende a las deudas fiscales, apoyada en las siguientes razones:

"El Código Fiscal de 1873 nada disponía sobre la extinción de los créditos de la Hacienda Nacional contra sus deudores por medio de la prescripción, y la negaba tácitamente, en los términos de su artículo 1250, que decía:

"Los créditos del tesoro contra sus deudores se extinguen:

"1º Por pago del deudor.

"2º Por sentencia judicial definitiva, que lo declare absuelto de la deuda.

"3º Por falta de persona o cosa responsable".

"Pero unificada la legislación nacional por la Ley 57 de 1887, pudieron los deudores de dicha Hacienda haber comenzado a obtener la prescripción como medio de extinción de sus obligaciones, merced a que el Código Civil, que tiene una preferente aplicación al Fiscal, de conformidad con el artículo 5º de la misma Ley 57, dispone en su artículo 2517 que "las reglas relativas a la prescripción se aplican igualmente en favor y en contra de la Nación.....", y en el 2536, que "la acción ejecutiva se prescribe por diez años, y la ordinaria por veinte".

"Pero la Ley 61 de 1915 revivió expresamente el copiado artículo 1250 del Código Fiscal, estableciendo en su artículo 30 los mismos modos de extinción de los créditos activos de la Hacienda Nacional, que el 1250 instituía; de manera que esa Ley tácitamente excluyó el modo de la prescripción que para esa clase de créditos existía desde la unificación de la legislación nacional en 1887, porque siendo especialísima, y determinando taxativamente los modos de extinción, de los cuales quedó excluída la prescripción, ésta no podía verificarse bajo su vigencia.

"Vino luégo la Ley 110 de 1912, actual Código Fiscal, que dispone en su artículo 257 que podía verificarse la extinción de los créditos activos del Tesoro por la prescripción de treinta años. Este artículo fue derogado expresamente por el 81 de la Ley 42 de 1923; de modo que se volvió a entrar en el derecho común en cuanto a la extinción de los créditos activos del Tesoro Nacional por medio de la prescripción, o sea que a ellos les es aplicable lo dispuesto en los artículos 2517 y 2536 del Código Civil. Por consiguiente, hoy esos créditos prescriben por el lapso de diez años en cuanto a la acción ejecutiva, y en veinte en cuanto a la ordinaria".

El señor Procurador conceptúa igualmente que la acción está prescrita en este negocio.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, de acuerdo con el señor Procurador General de la Nación y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara probada la excepción de prescripción de la acción ejecutiva. En consecuencia, se ordena cesar el juicio ejecutivo.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Eleuterio Serna R., Aníbal Cardoso Gaitán, Pedro A. Gómez Naranjo. Gustavo Gómez Hernández, Srio. en ppd.

AUTO EJECUTIVO APELADO

Es necesario que los reconocimientos hechos por los Recaudadores de Hacienda lleven la propia firma y no la de sus empleados subalternos, a fin de que presten mérito ejecutivo.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, agosto veinticuatro de mil novecientos treinta y seis.

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

Con apoyo en el reconocimiento número 519 de 1º de diciembre de 1935, el Recaudador de Hacienda Nacional de Barranquilla, en la misma fecha, libró mandamiento ejecutivo contra el señor Manuel María Márquez S. y a favor de la Nación por la suma de $ 714, los intereses y las costas, por impuesto sobre la renta de 1931. El ejecutado apeló y el recurso se le concedió para ante esta superioridad, donde se pasa a decidirlo, previas las siguientes consideraciones:

El motivo de la apelación es el de que el Reconocimiento que sirvió de fundamento a la ejecución no aparece firmado por el Recaudador, sino por una empleada, jefe de la sección de certificados.

El artículo 1059, numeral 2º, del C. J., dispone que, además de los actos y documentos mencionados en el artículo 982, en estos juicios prestan también mérito ejecutivo las copias de los reconocimientos hechos por los Recaudadores de Hacienda. Ni esta disposición ni ninguna otra autoriza a los empleados subalternos de las Recaudaciones para hacer reconocimientos a cargo de los deudores del fisco, ni hay tampoco texto legal alguno que les dé mérito ejecutivo a los documentos emanados de tales empleados. Por tanto, es necesario que el reconocimiento lleve la firma del Recaudador para que preste mérito ejecutivo, porque en otra forma se quebranta la disposición expresa del artículo 1059 del C. J. ya citado.

El señor Procurador considera que el reconocimiento es válido porque emana de la Recaudación y en este caso con mayor razón, por cuanto en la misma fecha y con fundamento en él se dictó el mandamiento de pago por el mismo Recaudador.

A esto se observa que el artículo 1059 del C. J. dice que los documentos que prestan mérito ejecutivo son los "hechos por los Recaudadores a cargo de los deudores de impuestos", y no los que emanan de las Recaudaciones, como dice el señor Procurador.

Respecto de la segunda observación, se anota que el auto ejecutivo es distinto del reconocimiento y que para que aquél pueda dictarse, es necesario que el reconocimiento base de la ejecución esté arreglado a la ley.

No se puede en el auto de mandamiento de pago corregir errores del título ejecutivo, aun cuando éste emane del mismo funcionario investido por la ley de jurisdicción coactiva, porque se involucran procedimientos que tienen en la ley señaladas sus reglas especiales.

Por tanto, el auto ejecutivo debe revocarse, ya que no se apoya en un documento legal.

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. En consecuencia, se suspende la ejecución.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Eleuterio Serna R., Aníbal Cardoso Gaitán, Pedro A. Gómez Naranjo, Gustavo Gómez Hernández, Srio. en ppd.

APELACION DEL AUTO QUE NEGO UNA EJECUCION

La decisión judicial ejecutoriada de la cual resulta una obligación expresa, clara y exigible de pagar una suma de dinero, presta mérito ejecutivo. (Artículos 849 y 982 C. J.)

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, agosto veinticuatro de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente, Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

El doctor Guillermo Mesa Prieto, como apoderado de las señoritas Cecilia, Julia y Ana Elvira Valderramas, y como curador ad litem de la menor Ana Beatriz del mismo apellido, pidió al Tribunal Superior de Bogotá que librase orden de pago por la vía ejecutiva, a favor de sus representadas y a

cargo del Departamento de Cundinamarca, por la suma total de $ 385.77, más los intereses legales de esta cantidad liquidados al 6% anual desde que se causaron a deber hasta el día del pago.

Como título ejecutivo presentó unas copias expedidas por el Secretario del Juzgado 1° del Circuito de La Mesa, de diversas piezas producidas en el juicio de expropiación adelantado por el Departamento de Cundinamarca contra José J. Jaramillo J., Heliodoro González, Jesús Valderrama por sí mismo y en representación de Ana Elvira, Julia María, Cecilia y Ana Beatriz Valderramas, y Melanía M. v. de Sánchez. Entre esas piezas se destacan la de fecha 6 de septiembre de 1928, por la cual se decretó la expropiación de las zonas de terreno denominadas "San Nicolás" y "La Esperanza", ubicadas en jurisdicción del municipio de La Mesa, de propiedad de Jaramillo la primera, y la segunda de las demás personas expresadas anteriormente; la de 17 de noviembre de 1933 que fijó "como precio de la indemnización por perjuicios y valor de la zona expropiada en la finca de "La Esperanza" y a que se contrae el dictamen de los peritos, la suma de tres mil ocho pesos, veinte centavos ($ 3.008.20), que deberán ser pagados por la entidad demandante (Departamento de Cundinamarca) a los propietarios damnificados", y la de 13 de marzo de 1934, por medio de la cual se dispuso que de la suma de $ 1.465.12, consignada por la entidad demandante para iniciar el juicio, "debe entregarse a la señora Melania Muñoz v. de Sánchez $ 732.56; a la señora María Luisa G. de González $ 366.28, y a Jesús Valderrama en representación de sus menores hijos $ 366.28", y que el Departamento queda debiendo a los demandados $ 1.498.08, "en la forma siguiente: a la señora Melania Muñoz v. de Sánchez setecientos cuarenta y nueve pesos, cuatro centavos ($ 749.04); a María Luisa G. de González trescientos sesenta y tres pesos veintisiete centavos ($366.27); y a Jesús Valderrama trescientos ochenta y cinco pesos setenta y siete centavos ($ 385.77), que da un total igual a la suma que el Departamento adeuda en favor de los mismos demandados".

El Tribunal, en auto de fecha 25 de abril del año en curso, denegó la petición impetrada, y como el actor interpusiera en oportunidad recurso de apelación, subieron los autos al conocimiento de esta superioridad, la cual procede a decidir, habiéndose ya agotado la tramitación establecida en la ley procesal.

Fueron las siguientes las razones que sustentaron la providencia recurrida: Que la expropiación se decretó no sólo contra las señoritas Valderramas, demandantes aquí, sino también contra el señor Jesús Valderrama, personalmente; que se fijó a los demandados como precio de la indemnización y perjuicios por valor de la zona expropiada del terreno de "La Esperanza", la cantidad de $ 3.008.20; que el Departamento había consignado en el juzgado la suma de $ 1.510.12, la cual fue repartida y entregada a los demandados, correspondiendo entre éstos a "Jesús Valderrama en representación de sus menores hijos trescientos sesenta y seis pesos veintiocho centavos ($ 366.28)", suma ésta que fue pagada al apoderado del señor Valderrama, y que en la distribución del saldo que el Departamento quedaba a deber, correspondió "a Jesús Valderrama trescientos ochenta y cinco pesos setenta y siete centavos ($ 385.77)", de lo cual resulta que en la suma o saldo, por razón de lo expropiado, a cargo del Departamento de Cundinamarca, éste no les quedó debiendo nada a las aquí demandantes, señoritas Valderramas, sino al señor Jesús Valderrama personalmente, contra el cual también se pronunció la expropiación, pues a aquéllas, según se vio, ya se les pagó la que les correspondía por consecuencia del fallo citado, y por lo mismo no son acreedoras del Departamento.

Si a las señoritas Valderramas, concluye el Tribunal, ya se les pagó lo que les correspondía a virtud de la sentencia que decretó la expropiación, ellas carecen de personería para demandar al Departamento de Cundinamarca por no tener el carácter de acreedoras; pero si lo que persiguen es el pago de la cantidad de $ 385.77 que a su padre, señor Jesús Valderrama, le correspondió en la partición del saldo que quedó debiendo el Departamento, es lo cierto que como éste señor murió, según constancia que obra en autos, es su sucesión la que puede hacerlo efectivo y no las señoritas Valderramas en su propio nombre, por lo cual no es posible librar contra el Departamento el mandamiento impetrado.

La Corte, para resolver, considera:

La conclusión a que llega el Tribunal es la consecuencia lógica de las premisas por él expuestas: Si la expropiación se decretó no sólo contra las señoritas Valderramas sino también contra el padre de ellas, señor Jesús Valderrama, y si el juez dispuso que de la suma consignada previamente por el demandante se pagara entre otros a Jesús Valderrama "en representación de sus menores hijas", y al expresar el saldo que el

Departamento quedaba a deber dijo que de él le correspondía una cantidad determinada al señor Valderrama, natural y obviamente se desprende, y más si se tiene en cuenta que en los autos consta el pago hecho por la suma de $ 366.28 a las señoritas precitadas (folios 10 y 10 v. del cuaderno 1º), que el Departamento nada adeuda a las reclamantes por estar ya solucionada la obligación; y que si bien es cierto que aparece que a favor del señor Valderrama se decretó el pago de una cantidad, no lo es menos que sus señoritas hijas en el presente caso no piden para la sucesión de la cual ellas serían las representantes, sino en propio nombre.

El Tribunal induce, no ya el mero interés indirecto que Valderrama tenía como representante legal de sus hijas menores, sino su interés directo como copropietario de la especie expropiada, del hecho de que según las referencias que en el decreto de expropiación se hacen a la demanda, ésta fue incoada contra Valderrama por sí mismo y en representación de sus hijas menores, y de que en la parte resolutiva de aquel proveído la orden de expropiación está dirigida contra los propietarios de la zona de terreno denominada "La Esperanza", señores Heliodoro González, Melania M. v. de Sánchez, "Jesus Valderrama y sus menores hijas Ana Elvira, Julia María, Cecilia y Ana Beatriz Valderrama".

Pero hay en los autos un documento de decisiva importancia para la dilucidación del caso confrotando, suficiente para llevar a la convicción del juzgador que el señor Valderrama obró en el juicio de expropiación en su calidad de representante legal de sus hijas, y nada más. Es la copia del auto de fecha 13 de marzo de 1934, proferido por el Juez 1º del Circuito de La Mesa, y por el cual se resolvió una solicitud de los interesados.

Importa reproducir aquí la parte esencial de dicha pieza:

"En providencia de diez y siete de noviembre pasado se fijó como precio de la indemnización por perjuicios y valor de la zona expropiada y de que trata este juicio, la suma de tres mil ocho pesos veinte centavos ($ 3.008.20). En memorial de diez y seis de febrero pasado suscrito por Jesús Valderrama en representación de sus menores hijas Ana Elvira, Julia María, Cecilia y Ana Beatriz Valderrama, y Pedro Sanz Mazuera, apoderado de Melania Muñoz v. de Sánchez y María Luisa González de González, solicitan se dividida la suma antes indicada en cuatro partes iguales, así: dos para la señora Melania M. viuda de Sánchez, una para María Luisa G. de González y otra para las menores Valderrama, representadas por Jesús Valderrama. La cantidad (sic) demandante consignó la suma de mil quinientos diez pesos con doce centavos ($ 1.510.12), de la cual se han pagado cuarenta y cinco pesos ($ 45) para cubrir el pago del perito de los demandados y lo correspondinte a la mitad del perito tercero, quedando por tanto un saldo de mil cuatrocientos sesenta y cinco pesos con doce centavos ($ 1.465.12) en el Banco de la República por cuenta de este Juzgado. Luégo en escrito de nueve de los corrientes el doctor Sanz Mazuera manifiesta que las personas a quienes representa se hacen cargo de la suma de cuarenta y cinco pesos en cuestión, sin perjuicio de su derecho a subrogarse en la parte que de esa suma corresponda al señor Valderrama, o sea la cuarta parte, esto a fin de facilitar la pronta entrega, y que la cantidad de $ 1.465.12, saldo de mil quinientos diez pesos con doce centavos ($ 1.510.12) consignados por la parte demandante, sea entregada a sus representadas, a cuenta de la suma que les corresponde en este juicio, y se deja especificado claramente lo que el Departamento queda debiendo. Aquí lo justo, lo equitativo y lo razonable es que la suma de $ 1.465.12 que hay depositados en el Banco, se reparta proporcionalmente en partes iguales, de acuerdo con los derechos de los demandados en la zona expropiada, o sea dos derechos para la señora Melania Muñoz viuda de Sánchez, uno a María Luisa G. de González y otro para los menores Valderramas, ya que la entrega de dicha suma conforme a lo solicitado por el memorialista, no admite justificación, sino que todos los demandados deben ser amparados igualmente, y en consecuencia con esto, de la suma de $ 1,465.12 debe entregarse a la señora Melania Muñoz viuda de Sánchez, setecientos treinta y dos pesos cincuenta y seis centavos ($ 732.56); a la señora María Luisa G. de González trescientos sesenta y seis pesos veintiocho centavos ($ 366.28), y a Jesús Valderrama en representación de sus menores hijos, trescientos sesenta y seis pesos veintiocho centavos ($366.28), que da un total de $ 1,465.12. Así, pues, el Departamento queda debiendo a los demandados mil cuatrocientos noventa y ocho centavos ($ 1,490.08), que corresponden atendida la distribución anterior y la manifestación hecha por el apoderado doctor Sánchez, acerca de los cuarenta y cinco pesos gastados en peritos, en la forma siguiente: a la señora Melania Muñoz viuda de Sánchez, setecientos cuarenta y nueve y cuatro centavos ($ 749.04); a María Luisa G. de

González, trescientos sesenta y tres pesos veintisiete centavos ($ 363.27); y a Jesús Valderrama trescientos ochenta y cinco pesos setenta y siete centavos ($ 385.77), que da un total igual a la suma que el Departamento adeuda a favor de los mismos demandados. (El subrayado es de la Corte).

Del análisis detenido del auto que se acaba de transcribir, que es el que presta mérito ejecutivo por tratarse de una decisión judicial que debe cumplirse y se halla registrado en debida forma, según aparece del certificado del registrador de instrumentos públicos (f. 22, C. 1º), se llega a las siguientes conclusiones:

Los interesados pidieron al juez, y éste así lo decretó, que la suma de $ 3,008.20 fijada como indemnización, se dividiera en cuatro partes iguales: dos para la señora Muñoz v. de Sánchez, una para la señora González viuda de González, y la restante para las señoritas Valderramas, representadas por su padre. Ahora bien, como la entidad demandante había previamente consignado la suma de $ 1,465.12 (descuento hecho de una pequeña cantidad para pago de peritos), se dispuso repartirla proporcionalmente, y así correspondió a la señora Muñoz $ 732.56, a la señora González $ 366.28, y a las Sritas. Valderramas también $ 366.28. Y con respecto a la suma que el Departamento quedaba debiendo se expresó que para la primera de las interesadas correspondía $ 749.04; para la segunda $ 363.27, y "a Jesús Valderrama $ 385.77". Toda la controversia estriba en no haberse dicho aquí por el Juzgado que a Valderrama, como sí se había afirmado arriba, le correspondía tal suma como representante de sus hijas; se hubiera expresado así y toda dificultad habría desaparecido. Pero escudriñando el espíritu del auto se ve que tal manifestación era innecesaria: se trataba de resolver una solicitud en que las personas mismas interesadas pedían que lo debido a ellas por el Departamento se dividiese en cuatro partes iguales; que de esas cuatro partes, llevase dos una de las peticionarias, la señora Muñoz viuda de Sánchez; otra, la señora González de González, la restante las Sritas. Valderramas. Sentado esto, basta una sencilla operación aritmética para esclarecer todavía más la cuestión, y así se ve cómo de la suma consignada y dividida en cuatro partes iguales, correspondió a las señoritas Valderramas $ 366.28, y del saldo que quedaba, dividido también en cuatro partes iguales, tocaba una cuarta a las señoritas tantas veces citadas.

Lo anterior se relieva todavía más si se considera que habiéndole correspondido a la señora González de González una parte exactamente igual a la asignada para las menores, se le señaló de la suma consignada una porción igual a la de las segundas ($ 366.28), y de la misma manera se les quedó debiendo idéntica cuota. Se debe advertir que si en la expresión de las cantidades que se deben a los interesados se dice que el Departamento queda debiendo a María Luisa González de González $ 363.27 y a Jesús Valderrama $ 385.77, ello se debe a que el apoderado de la primera manifestó que ella pagaría la suma correspondiente al segundo por concepto de honorarios del perito "a fin de facilitar la pronta entrega", y así aparece una ligera diferencia en los dos guarismos.

Valderrama obró, pues, como representante de sus hijas. Si él hubiese tenido un interés directo de condominio sobre la finca expropiada, distinto de su interés como representante de sus hijas menores, no podría menos de llegarse a la absurda conclusión de que fue privado de su derecho sin indemnización. En efecto: Si una zona de la finca llamada "La Esperanza" fue expropiada: si el quantum de la indemnización fue fijado en la suma de $ 3,008.20, y si las partes propusieron y el juez accedió a que dicha suma fuese repartida en cuatro partes iguales, llevando dos la señora Muñoz, una la señora González y otra las señoritas Valderramas, es dable concluír que al señor Valderrama nada se le dio, y esto por una de tres circunstancias: o porque nada se le debía, o porque no ha reclamado y en la repartición se ha prescindido de él, o porque cedió a sus hijas la parte que a él le incumbía. Que no hubiera reclamado y se hubiera prescindido de él, parece poco probable si se considera que él estuvo gestionando e interviniendo constantemente en el juicio en nombre de sus hijas y habría sido natural que si algo se le debiese lo hubiera pedido, y de que haya cedido a sus hijas por cualquier título su derecho, no consta en parte alguna.

En síntesis, se tiene: De la suma consignada previamente por la entidad expropiante se iban a repartir $ 1,465.12 en cuatro partes iguales; se destinaban $ 45.00 al pago de peritos, y se quedaban debiendo $ 1,498.08 también divididos en cuatro partes iguales. Sumados estos tres guarismos se tiene una cantidad igual a $ 3,008.20, cantidad igual a la en que fue fijada la cuantía de la indemnización. Siendo esto así, no se ve cómo podía atenderse al pago de una suma debida por igual concepto al señor Jesús Valderrama en nombre propio;

de lo cual surge la consecuencia nítida de que a éste por sí mismo nada se le debía.

Pero queda todavía por considerar otra hipótesis: que el señor Valderrama tuviera igual derecho que sus hijas, y por favorecerlas solicitó y obtuvo que se le pagara la cantidad de $ 366.28 a ellas debida de la suma consignada y que se iba a repartir, y que él se reservara el pago de su acreencia para con posterioridad. Para desvanecer esta hipótesis, entre múltiples circunstancias que la harían improbable, basta la sencilla consideración de que pugnaría con el espíritu del proveído por medio del cual se hizo la distribución, pues en él se ve cómo fue rechazada la pretensión del doctor Sánz Mazuera de que se pagara con la suma en depósito a unos interesados con exclusión de los otros, toda vez que el funcionario judicial consideró, son sus palabras, que lo justo, lo equitativo y razonable era repartir proporcionalmente en partes iguales esa suma, de acuerdo con las cuotas de los demandados en la zona expropiada, con lo cual se ampararía igualmente todos los derechos.

El señor Procurador Delegado en lo Civil pide la confirmación de la providencia recurrida, en todas sus partes "porque no está demostrada la personería sustantiva de las ejecutantes, ya que en la sentencia del Juzgado en que se les reconocen algunos derechos, se afirma que ellas son hijas de Jesús Valderama y de Heliodoro González (sic), pero no se dice que ellas sean hijas de José de Jesús Valderrama e Isabel González como aparece en las partidas acompañadas por el actor, y por cuanto que de los documentos acompañados a la demanda no aparece la obligación clara, expresa y actualmente exigible de que habla la ley".

Con referencia a los reparos hechos por el señor Procurador la Corte observa que en la sentencia del Juzado comentada no se expresa que las señoritas Valderramas sean hijas de José de Jesús Valderrama y de Heliodoro González, sino que simplemente se dice que "Esta zona (la expropiada), es de propiedad de la señora Melania M. v. de Sánchez; Jesús Valderrama; y las menores Ana Elvira, Julia María, Cecilia y Ana Beatriz Valderramas, hijas del señor Jesús Valderrama y del señor Heliodoro González". Es decir, se hace una enumeración de las personas propietarias de la finca expropiada, entre las cuales figura el señor González inmediatamente después del complemento enunciativo de que las señoritas Valderramas son hijas de Jesús Valderrama, siendo el nombre del señor González el que cierra dicha enumeración.

Además, nada hay de particular que a una persona que tiene dos nombres de pila se la llame indistintamente por uno de ellos o por ambos juntos, que es el caso del señor José de Jesús Valderrama, estando como está aquí establecido que se trata de una misma persona.

Y por último, de los documentos acompañados a la demanda presta mérito ejecutivo la copia auténtica del auto de fecha 13 de marzo de 1934, proferido por el Juez 1º del Circuito de La Mesa, que es una decisión judicial ejecutoriada que debe cumplirse (artículos 549 y 982 del C. J.), se halla debidamente registrada, y de la cual se desprende a cargo del Departamento de Cundinamarca una obligación expresa, clara y actualmente exigible de pagarles a las señoritas Valdorramas la cantidad de trescientos ochenta y cinco pesos setenta y siete centavos ($ 385.77) por concepto del saldo de la cantidad en que fue fijado el valor de la finca denominada "La Esperanza", expropiada para objetos de interés público.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, revoca la providencia apelada, y en su lugar dispone:

Líbrase orden de pago por la vía ejecutiva a cargo del Departamento de Cundinamarca y a favor de las señoritas Cecilia, Julia, Ana Elvira y Ana Beatriz Valderramas, por la suma de trescientos ochenta y cinco pesos con setenta y siete centavos ($ 385.77), más los intereses legales contados desde la notificación de este auto hasta el día del pago.

Intímese este auto personalmente al representante legal del Departamento de Cundinamarca, previas las formalidades de que trata el artículo 999 de la ley 105 de 1931, y si fuere el caso se le requerirá para que designe perito avaluador y depositario de los bienes que haya lugar a embargarle, porque si así no lo hace o nombra a personas ausentes o que no quieran o no puedan aceptar, los nombrará el Tribunal o el comisionado en su caso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase en oportunidad el expediente.

Eleuterio Serna R., Aníbal Cardoso Gaitán, Pedro A. Gómez Naranjo—Gustavo Gómez Hernández, Srio. en ppd.

EXCEPCIONES EN JUICIO EJECUTIVO

La acción civil para el cobro de los impuestos puede ser independiente de la acción criminal para el castigo de los responsables de un delito. Pero el modo como pudo ocurrir el fraude, en el caso de que se trata, con la intervención exclusiva o con la colaboración de empleados de la aduana, implica una relación directa entre el cobro que se persigue y el proceder de unos empleados recaudadores. Mientras la intervención de tales funcionarios no sea esclarecida, no puede adelantarse con bases sólidas la presente acción ejecutiva.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, agosto veintiséis de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente, Dr. Aníbal Cardoso Gaitán.)

El día 1º de septiembre de 1932 el señor Administrador de la Aduana de Cartagena libró orden de pago por la vía ejecutiva a cargo de los señores Roberto Cavelier y Pastor Restrepo, quienes habían constituído anteriormente la sociedad comercial en comandita que giró bajo la razón social de Roberto Cavelier & Co., para obligarlos al pago de unos derechos de aduana que habían dejado de cubrirse desde el año de 1929, que ascienden a la cantidad de diez y seis mil cuatrocientos veinte pesos con treinta centavos ($ 16,420.30), a que se refieren las veintitrés cuentas adicionales que para el reintegro formuló el señor Administrador de Aduana nombrado. Aquella suma representa derechos que dejaron de cobrarse sobre mercancías introducidas por los ejecutados en el año de 1929, que no se cubrieron en su totalidad, según lo explica el administrador, en virtud de que se llevó a efecto un fraude consistente en haberse puesto en los manifiestos que fueron presentados a la Aduana la expresión "no desembarcada", u otra semejante, con lo cual consiguieron que la mercancía fuera retirada de la Aduana, pagándose únicamente los derechos consulares y no los derechos de importación.

La orden de pago fue notificada personalmente a los ejecutados, y en el acto el señor Cavelier manifestó que no debía la suma que se le cobraba e interpuso, contra el mandamiento ejecutivo, el recurso de apelación, denunciando para el pago una casa situada en la tercera avenida del Corregimiento de Manga, de la ciudad de Cartagena, la que fue avaluada y depositada posteriormente, así como también se depositaron y avaluaron con el mismo objeto, un solar y dos casas en él construídas, ubicados en el barrio del Cabrero de esa ciudad. Se interpuso recurso de reposición contra el mandamiento ejecutivo, el que fue resuelto negativamente; y en cuanto a la apelación, fue asimismo fallada desfavorablemente para el ejecutado.

Sobre esa base se iba a continuar el juicio ejecutivo, cuando en oportunidad fueron presentadas algunas excepciones por el doctor Simón Bossa a nombre del señor Roberto Cavelier, y por tal motivo el negocio fue remitido a la Corte, donde se halla en espera del fallo que va a resolver las excepciones formuladas, y que ha de proferirse ahora, previas las consideraciones pertinentes.

En el auto ejecutivo se lee el siguiente pasaje: "Con motivo de la adulteración de que se ha hecho mérito dejaron de cobrarse derechos de importación sobre cada una de las introducciones a que se contrajeron los respectivos manifiestos, pues en virtud de aquella maniobra sólo se hicieron efectivos los derechos consulares, y la aduana está en la obligación imperiosa de obtener el pago de las sumas dejadas de percibir, y al efecto ha lanzado las liquidaciones adicionales, describiendo las operaciones aritméticas que conforme a la ley constituyen el reconocimiento de un ingreso que debe hacerse efectivo".

Cuando en el mes de junio del año anterior fue pasado este negocio a la mesa del suscrito magistrado ponente para el fallo de las excepciones, se encontró que no estaba bien esclarecido el punto relacionado con el fraude que se cometió, que fue descubierto por la aduana, y que se tomó como fundamento para la confección de las nuevas cuentas adicionales por la suma que había dejado de pagarse; y fue por tal motivo por lo que se dictó el auto para mejor proveer de fecha 17 de junio, por el cual se dispuso librar despacho al señor administrador de la aduana de Cartagena en solicitud de informe detallado acerca de la manera como se verificó el fraude que hizo necesaria la presentación de las cuentas adicionales; se solicitó el envío de una copia de los manifiestos que la aduana había considerado adulterados o fraudulentos, y se pidió también del Tribunal Distrital de

Aduanas de Cartagena informe acerca del estado en que se encontraba la investigación en relación con el fraude cometido.

Como resultado de esta gestión fueron remitidos por el señor administrador de aduana de Cartagena los veintitrés manifiestos, en copia, que aparecen del folio 41 al folio 86 del cuaderno número 4, y copia de la denuncia que presentó su antecesor ante el Inspector General de Aduanas referente a la investigación sobre fraude de que se ha venido haciendo mención. Se considera, como ya se dijo, que esos manifiestos fueron adulterados, y que con ello se hizo el fraude, y respecto al modo como como se llevó a efecto, el actual administrador se remitió a la denuncia que su antecesor había formulado.

En tal denuncia, visible a los folios 31 a 40 del cuaderno número 4, se habla más concretamente sobre la manera como se realizó el fraude. El administrador, señor Efraín del Toro, refiere que en el mes de noviembre de 1930, se acercó a su escritorio el señor J. J. Gómez F. y puso en sus manos una lista en que aparecen relacionados varios bultos de mercancías, que según informes de que disponía, se dieron por no desembarcadas, a tiempo que tenía noticia de que sí lo habían sido y de que no se habían pagado los derechos correspondientes; que con aquella lista se trasladó a la bodega número 7 de la empresa del Ferrocarril de Cartagena, y previa consulta de los libros que se llevan en aquella dependencia y mediante suministro de datos que le dio el bodeguero señor Rafael Jiménez Naranjo, anotó en dicha lista, con lápiz de color en el renglón correspondiente a cada cargamento, la fecha de su entrega por la empresa del ferrocarril, constatando que todos los cargamentos relacionados se habían desembarcado, logrando igual información en los almacenes de la Machina, y que habiendo confiado una labor de revisión a varios empleados de su confianza, había quedado convencido de que los cargamentos que figuraban en la relación que le había dado el señor J. J. Gómez F. "habían sido pagados completos". Pero que a fines de 1931 continuaron los rumores callejeros de que se daban mercancías por no desembarcadas, lo que lo obligó a hacer un nuevo estudio obteniendo como resultado el encuentro de un manifiesto que tenía una falsa anotación, el número 39, del vapor "Sixaola", del 29 de agosto de 1930, presentado por los señores Sanín & Sánchez, a quienes se les pasó cuenta adicional por la suma dejada de pagar, que montó a la cantidad de $ 1,147.56; que en virtud de nuevo estudio hecho por un comisionado de la Contraloría General de la República, se llegó a constatar que no era sólo el manifiesto número 39 del vapor "Sixaola", el adulterado, sino que la adulteración asumía mayores proporciones y de esa manera se hizo el descubrimiento de otras notas falsas en varios manifiestos que pertenecían en su mayoría a las firmas Rojo Fabián & Restrepo Vásquez, Restrepo & Cavelier y Roberto Cavelier & Co.; y que la maniobra se ejecutaba en el cuerpo de cada manifiesto, poniendo en la columna de observaciones la siguiente leyenda: "no desembarcado" u otra similar. Dice también el administrador que en otros casos el fraude se llevó a efecto haciendo venir con posterioridad las mercancías, es decir, en vapores llegados a la aduana después de los manifiestos que se presentaron con el vapor o vapores en que se anunciaron las mercancías. También dice el administrador que a consecuencia del incendio del muelle de la aduana, ocurrido el 4 de agosto de 1930, fue destruído el archivo, y por ese motivo se consumieron las órdenes de entrega de ese tiempo, quedando sólo la anotación de ella, en parte, en un libro de registro de entrega de cargamentos, y que la pérdida de esas órdenes ha dificultado naturalmente el esclarecimiento de los hechos. Sugiere asimismo la posibilidad de que para la ejecución de aquellas maniobras se "contara con algún empleado de la Machina que hiciera la entrega irregular de los bultos en referencia".

Los informes pedidos al señor Inspector General de Aduanas de Cartagena y al Tribunal Distrital de Aduanas de la misma ciudad, no dieron resultado práctico, porque ambas entidades contestaron explicando que en esas oficinas no cursaba ningún negocio relacionado con los señores Roberto Cavelier & Co., por concepto de fraude. El señor Inspector de Aduanas informó, folio 92 vuelto, cuaderno número 4, que había entregado personalmente al Tribunal de Aduanas en el mes de noviembre de 1935, por orden del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, varios negocios, entre los cuales se hallaba el juicio contra los señores Roberto Cavelier & Co.: y solicitado el informe a esta última entidad, el secretario de la misma certificó que en el Tribunal no cursaba ningún asunto relacionado con introducción fraudulenta de mercancías por la aduana de Cartagena, imputable a las personas que constituyen la sociedad Roberto Cavelier & Co., y se agregó que el señor Fernando Díaz Angulo, Inspector General de Aduanas, "siguiendo instrucciones del Ministerio de Hacienda y Crédito

Público, trajo de Cartagena y entregó en este Tribunal el voluminoso expediente relacionado con introducciones fraudulentas de mercancías y otros hechos punibles perpetrados en la aduana de Cartagena en el año de 1929, investigación en la cual algo hay con el señor Roberto Cavelier; tengo entendido que el propósito del Ministerio de Hacienda y Crédito Público al hacer venir tal expediente a este Tribunal es el de que se estudie aquí el estado en que se halla la investigación y se conceptúe acerca del funcionario o entidad a cuyo conocimiento debe pasar'.

Y finalmente, elevado al Ministerio de Hacienda y Crédito Público el pedimento para conocer el estado en que se encontraba la investigación de que se ha venido tratando, se obtuvo el siguiente informe:

"En relación con el contenido del anterior exhorto, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público manifiesta lo siguiente:

"El Tribunal Supremo de Aduanas está haciendo, en efecto, el estudio del asunto a que se refiere este exhorto, pero por tratarse de una cuestión bien complicada y por lo voluminoso del expediente, aún no ha podido completarlo.

"Se puede, sin embargo, en relación con el informe que solicita la Corte Suprema de Justicia hacer saber lo siguiente: Que en el referido asunto, no se ha dictado providencia alguna de fondo, pues, cuando el asunto, conforme a órdenes del Ministerio, llegó a dicho Tribunal, estaban aún en curso las investigaciones que se iniciaron con motivo del denuncio presentado al Inspector General de Aduanas por el administrador de la aduana de Cartagena en noviembre de 1932.

"Tan pronto como el Tribunal Supremo de Aduanas complete su informe y lo rinda al Ministerio, éste, en vista de tal informe, decidirá si el asunto debe volver a algún funcionario instructor para que perfeccione la investigación o si ha de pasar al juzgado o tribunal competente, para que adelante el juicio y pronuncie la sentencia a que haya lugar, y procederá de conformidad.

"Con el presente informe devuélvase al anterior exhorto a la Corte Suprema de Justicia".

Como se ve, son de dos clases las actividades que se han ejercitado con motivo del descubrimiento del fraude en la aduana de Cartagena: unas dirigidas a sancionar penalmente la falta cometida, y otras a asegurar el reintegro de las cantidades de dinero que dejaron de cubrirse por concepto de derechos de importación. Lo primero ha quedado confiado a las entidades que van a conocer y juzgar del caso del fraude, y a lo segundo se encamina el presente juicio por jurisdicción coactiva.

Hasta el momento no se conoce el resultado de la investigación criminal respecto de la maniobra fraudulenta, pero es de esperarse que las autoridades encargadas de juzgar de ellas darán su decisión oportunamente. Lo que, en principio, no puede ser óbice para que, si es procedente el cobro, la Nación reclame de las personas que llevaron a efecto la importación de las mercancías, los derechos de aduana que dejaron de pagarse, por cuanto tales personas están obligadas, en primer término, a satisfacer el cumplimiento de esa obligación, de conformidad con la regla general de que el dueño o el importador del artículo tiene que cubrir los derechos de aduana.

Y es conveniente decir desde ahora que la acción que por medio de este juicio se ha establecido, no es la conducente a la indemnización de los perjuicios originados por el fraude, sino la que va a resolver la cuestión del pago de los derechos de importación de las mercancías.

Como lo observa el señor Procurador General de la Nación, lo que constituye el documento del recaudo ejecutivo es el reconocimiento de la deuda que ha deducido el respectivo recaudador del impuesto, que en este caso es el señor administrador de la aduana de Cartagena, deducción que ha hecho de conformidad con la facultad que le da el artículo 1059 del Código de Procedimiento, y ese reconocimiento de la deuda a favor de la Nación es el que aparece en las veintitrés cuentas formuladas por el ejecutor a cargo de Roberto Cavelier & Co., que dieron pie para dictar el mandamiento ejecutivo.

El descubrimiento de la maniobra dolosa mediante la cual se retiraron las mercancías de la aduana, lo llevó a efecto el señor administrador en la forma por él relatada tanto en la denuncia como en la providencia misma que ordenó el pago de los derechos.

Y en cuanto a la realidad del retiro de las mercancías de los almacenes de la aduana, el punto no ofrece duda, ni aún en concepto de la parte ejecutada, como puede verse de las propias reclamaciones que los señores Roberto Cavelier y Pastor Restrepo hicieron tan pronto como se les notificó el mandamietno de pago, pues el primero de ellos, al folio 26 del cuaderno primero, hace una alegación que la remonta al año de 1929, "época —dice— en que se introdujeron las mercancías", y en cuanto al

segundo, el señor Restrepo expresa que "los derechos que no ha podido cobrar la aduana, según el referido auto corresponden a las introducciones que la mencionada sociedad (Roberto Cavelier & Co.), hizo por los vapores "Sixaola", de 20 de septiembre, "Baracoa", de 18 de junio, "Nercián", etc., etc." Luego de esta manera resulta establecido el retiro de las mercancías, sin que se haga necesario, para acreditarlo, el comprobante de entrega que respecto de algunas mercancías desapareció con motivo del incendio ocurrido en la aduana de Cartagena en agosto de 1930. Y además como los ejecutados han dicho que cubrieron los derechos de importación al recibir las mercancías, implícitamente han convenido en el hecho fundamental que originó la deuda, o sea en la introducción de ellas al país.

Procede ahora entrar en el estudio de las excepciones y alegaciones que se han hecho por la parte ejecutada, de que no es deudora de los derechos de importación que se trata de hacer efectivos; excepciones que deben ser resueltas en virtud de estar agotada la tramitación que el incidente ha motivado.

Fueron cinco las excepciones formalmente propuestas por el doctor Simón Bossa, apoderado del señor Cavelier, en el memorial respectivo que presentó ante el adminsitrador de la aduana de Cartagena; y además aparece planteada posteriormente, ante la Corte, una nueva excepción por el apoderado del recurrente, que lo fue el doctor Liborio Escallón. Las cinco primeras son: petición antes de tiempo; ineficacia o nulidad de los instrumentos ejecutivos, porque carecen de mérito para proceder ya sea contra la sociedad o contra sus socios; petición de un modo indebido; incompetencia de jurisdicción del administrador de la aduana y pleito pendiente. La excepción últimamente propuesta es la de pago de lo que se cobra o de parte de ella.

En su orden han de estudiarse las excepciones aducidas como medios de defensa de la parte ejecutada.

PETICION ANTES DE TIEMPO

Se funda en que habiéndose usado de la adulteración de los manifiestos para retirar los cargamentos de la aduana sin pagar los derechos, es porque se ha cometido un delito; pero de ese delito no ha derivado provecho la persona jurídica de Roberto Cavelier & Co.; luego la acción para el cobro de los derechos no pagados no debe seguirse contra la firma mencionada, antes de que se investigue el delito y resulte comprobado que los socios demandados son cómplices o autores de tal delito.

En términos generales, no puede decirse jurídicamente que la acción civil para el cobro de los derechos de aduana dependa de la acción penal para el castigo del responsable de un fraude que se hizo posible por la adulteración de unos manifiestos. Una cosa es la obligación del introductor de pagar los derechos aduaneros y otra distinta la responsabilidad del autor del fraude. Este pudo cometerse por el propio introductor o por terceros; pero en ambos casos, establecido el hecho del no pago por virtud de la adulteración de unos documentos que se presentaron a la aduana para la liquidación, surge automáticamente el derecho del recaudador a exigir el pago de los gravámenes no cubiertos, aunque no se haya individualizado, calificado ni sancionado la responsabilidad penal del autor del fraude.

Pero en el caso de la presente ejecución interesa considerar qué consecuencias ha de producir en el campo de la equidad y en el del derecho, la circunstancia, de posible ocurrencia, de que empleados de la aduana hubieran ejecutado la maniobra de adulteración de los manifiestos. En los manifiestos originales presentados por Roberto Cavelier & Co., en el año de 1929, aparecen borrados —según el testimonio del Inspector General de Aduanas, folio 22 v. del cuaderno 7º — los aforos que asignaron los reconocedores de la aduana y reemplazados en las columnas respectivas con la leyenda de no haber sido desembarcados esos cargamentos.

Como la expresión "no desembarcada" que aparece en los manifiestos mencionados determinó el no recaudo de los derechos arancelarios correspondientes, ofrece singular importancia saber si dicha frase se colocó allí por obra de los interesados particulares, o de los empleados de la aduana, o de unos y otros. Si lo primero, resultaría evidente que la maniobra tuvo por fin el de que exclusivamente los introductores de la mercancía resultaran beneficiados con la indebida exoneración del pago de los impuestos. Si fueron los funcionarios de la aduana los autores de la adulteración, debe pensarse en que al hacerlas ellos tenían en mira alcanzar un provecho o lucro personal; y entonces resulta natural pensar que, consignadas las partidas por impuestos a la aduana, los empleados completaran su obra fraudulenta apropiándose las sumas respectivas, para lo cual habrían de abstenerse de hacerlas figurar como pagadas en los libros de la aduana. En

la tercera hipótesis, de confabulación entre los introductores o sus apoderados o representantes y los empleados aduaneros, la responsabilidad criminal de unos y otros no haría desaparecer la posibilidad de que los importadores de las mercancías hubieran pagado efectivamente a la aduana la totalidad de los impuestos o una parte de ellos.

Está todavía en curso la investigación criminal, y no obstante la insistencia de la Corte para obtener una información sobre el hecho del fraude y acerca de la calificación de fondo por el funcionario correspondiente en las diligencias mencionadas, no se ha podido traer a los autos la información de que se trata.

Ante la posibilidad de que en la acción penal resulte deducida la responsabilidad por el fraude a cargo de los empleados de la aduana, hipótesis en la cual, como ya se expresó, bien pudo ocurrir que los ejecutados en el presente juicio hubiesen pagado a la aduana el todo o parte de los impuestos que se les cobran, no parece lógico fallar la presente acción sin haberse decidido antes el mérito de la acción criminal.

La acción civil para el cobro de los impuestos puede ser independiente de la acción criminal para el castigo de los responsables de un delito. Pero el modo como pudo ocurrir el fraude, en el caso de que se trata, con la intervención exclusiva o con la colaboración de empleados de la aduana, implica una relación directa entre el cobro que se persigue y el proceder de unos empleados recaudadores. Porque si los empleados son los autores de la maniobra, sin intervención alguna de los importadores, favorece a los demandados una bien fundada presunción de pago de los impuestos. Y mientras la intervención de tales funcionarios no sea esclarecida, no puede adelantarse con bases sólidas la presente acción ejecutiva.

Y por este aspecto, en que la Corte la considera, aparece, pues, fundada la excepción propuesta de petición antes de tiempo, y así debe declararse.

Hallándose demostrada una de las excepciones aducidas, no es el caso de entrar en el examen de las demás.

En mérito de las consideraciones precedentes, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, oído el concepto del señor Procurador General de la Nación, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara probada la excepción alegada de petición antes de tiempo, ordena suspender la ejecución y dispone el desembargo de los bienes que han sido objeto de la traba ejecutiva.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase en oportunidad el expediente, dando el aviso del caso al Registrador de Instrumentos Públicos de Cartagena.

Eleuterio Serna R., Aníbal Cardoso Gaitán, Pedro A. Gómez Naranjo—Gustavo Gómez Hernández, Srio. en ppd.

EXCEPCION EN JUICIO EJECUTIVO

Para estimar el mérito de las pruebas éstas han de formar parte del proceso, y se llena esa formalidad, entre otros casos, cuando se han acompañado a los escritos de demanda o de excepciones. No obstante esta disposición, cuando se trata de declaraciones de testigos, para poder apreciarlas se necesita que los testimonios o su ratificación se haya pedido y decretado durante el término probatorio, a fin de que las otras partes intervengan en la diligencia, repreguntes y ejerciten su derecho de infirmar la prueba, según lo establece el artículo 693 del C. J.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales. — Bogotá, agosto veintisiete de mil novecientos treinta y seis.

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

La Recaudación de Hacienda Nacional de Concordia reconoció a favor de la Nación y a cargo del señor Jesús M. González la cantidad de $ 216, correspondientes a la renta de de 1931. El 10 de octubre de 1934 la misma oficina libró orden de pago por la vía ejecutiva contra el señor González por la cantidad referida, los intereses y las costas. El auto ejecutivo se notificó al señor

Jesús M. González R. y éste manifestó en el acto de la notificación que se trataba de otra persona del mismo nombre y apellido e interpuso recurso de apelación que fue decidido por la Corte confirmando la providencia apelada.

Oportunamente el ejecutado interpuso la excepción de inepta demanda, apoyada en que la ejecución se dirigió contra él siendo otra persona la responsable. Para comprobarla, presentó varias declaraciones de testigos recibidas extrajuicio y dos certificados expedidos por el Recaudador de Hacienda Nacional de Concordia. Durante el término de prueba no solicitó el interesado la práctica de ninguna diligencia. Terminada la tramitación legal, se pasa a resolver el incidente, previas las siguientes consideraciones:

El señor Procurador General de la Nación rindió su concepto sobre la excepción propuesta en los términos siguientes:

"Con base en el reconocimiento número 61 de 8 de octubre de 1934, la Recaudación de Hacienda Nacional de Concordia libró mandamiento de pago por la vía ejecutiva a favor de la Nación y a cargo del señor Jesús María González, por la cantidad de doscientos diez y seis pesos ($ 216.00); por los intereses respectivos a razón del uno por ciento (1%) mensual, y por las costas del juicio.

"El auto ejecutivo fue apelado y se confirmó luégo por esa Superioridad.

"Pero como el ejecutado propuso la excepción perentoria de inepta demanda, por cuanto que la ejecución se dirigió —dice él— contra persona distinta de la suya, y surtida que fue la tramitación correspondiente a este incidente, entra este negocio nuevamente al estudio de esa honorable Corte.

"A pesar de que el incidente fue abierto a pruebas, el ejecutado no adujo prueba alguna durante el término correspondiente, pues ni siquiera pidió la ratificación de las declaraciones que adjuntó a su memorial de excepciones (artículo 693 del C. J.)

"Pero aunque tales declaraciones tuvieran valor legal, ellas no acreditan la existencia de otro individuo llamado Jesús María González, distinto del ejecutado, ni acreditan tampoco que el deudor del fisco nacional es Jesús María González L. o la sucesión de éste, o bien el señor Jesús L. González R., que es otro de los homónimos del excepcionante que existen en el lugar de su residencia.

"No habiéndose acreditado, pues, cuál persona distinta de la suya es el deudor del fisco nacional, la excepción de que se trata deberá declararse no probada, y en tal virtud este despacho conceptúa y solicita muy comedidamente que así se haga, ordenando que la ejecución siga su tramitación legal".

La Corte observa:

El artículo 597 del C. J. dice que para estimar el mérito de las pruebas éstas han de formar parte del proceso, y se llena esta formalidad, entre otros casos, cuando se han acompañado a los escritos de demanda o de excepciones. No obstante esta disposición, cuando se trata de declaraciones de testigos, para poder apreciarlas se necesita que los testimonios o su ratificación se hayan pedido y decretado durante el término probatorio, a fin de que las otras partes intervengan en la diligencia, repreguntен y ejerciten su derecho de infirmar la prueba, según lo establece el artículo 693 de la misma obra.

Por consiguiente, las declaraciones de testigos acompañadas al escrito de excepciones por el ejecutado, no pueden apreciarse en este fallo, porque no fueron ratificadas durante el término de prueba. No sucede lo mismo con los certificados expedidos por el señor Recaudador de Concordia, los cuales fueron acompañados a la demanda y deben —por tanto— tenerse como pruebas, de acuerdo con el artículo 597 del C. J. ya citado.

El primero de los certificados aludidos, de fecha 25 de noviembre de 1925, dice así:

"En atención al memorial que antecede, certifico:

"1º Que con posterioridad al año de mil novecientos treinta y uno, en mi carácter de Recaudador de Hacienda Nacional de este Distrito, le he expedido al señor Jesús M. González R. certificados de estar a paz y salvo con el Tesoro nacional, por no corresponder el nombre de la persona gravada en 1931 con el nombre del señor Jesús M. González R., quien me ha pedido personalmente esos certificados.

"2º El señor Jesús M. González R. pagó en esta oficina el impuesto sobre la renta, correspondiente a los años de 1932 y 1933. Debe el impuesto sobre la renta correspondiente al año de 1934 porque apenas llegó el registro de contribuyentes el quince de noviembre actual y solamente el 24 se le pudo dar aviso del impuesto con que fue gravado. — El Recaudador, Tiberio Restrepo R".

El segundo, de la misma fecha, es de este tenor:

"Atendiendo al memorial que precede, certifico que en el registro de contribuyentes al impuesto sobre la renta del año de

1932 figura el señor Jesús M. González R., con la cantidad de ciento treinta y dos pesos ($ 132.00) moneda legal; que en el registro para el año de 1933, figura con la cantidad de ciento veinte pesos con cincuenta y nueve centavos ($ 120.59) moneda legal; que en el registro para el año de 1934, figura con la cantidad de sesenta y siete pesos con veintinueve centavos ($ 67.29) moneda legal; que es cierto que todas estas contribuciones han sido pagadas por el señor Jesús M. González R.

"Es cierto que en los registros de contribuyentes al impuesto sobre la renta, aparecen varios individuos con el nombre de Jesús González, distinguidos con la letra de su segundo apellido.

"En el registro de contribuyentes de 1932, para la renta de 1931, aparece González R. Jesús L.; en el registro de 1933, aparecen inscritos González R. Jesús M. y González Jesús F.; en el registro de 1934, para la renta de 1933, aparece inscrito González R. Jesús M.; y en el registro de 1935, para la renta de 1934, aparecen inscritos. González M. Jesús M., González O. Jesús Mª y González R. Jesús M.—El Recaudador, Tiberio Restrepo R."

Conforme a los certificados anteriores, se halla comprobado en el expediente que el señor Jesús M. González R. se halla a paz y salvo con el Tesoro nacional por concepto del impuesto sobre la renta y que los recibos de los años de 1932 y siguientes le fueron expedidos por "no corresponder el nombre de la persona gravada en 1931" con el nombre del excepcionante; que en los registros de contribuyentes aparecen varios individuos con el nombre de Jesús González, distinguidos con la letra del segundo apellido; que en el registro de contribuyentes para la renta de 1931, quien aparece es "González R. Jesús L."

Está, pues, comprobado el hecho alegado por el excepcionante como fundamento de su petición. El reconocimiento se hizo sin mencionar el segundo apellido del deudor; tampoco se mencionó en el auto ejecutivo; la ejecución se siguió contra Jesús M. González R., a quien se notificó el auto ejecutivo, y el Recaudador certifica que la persona responsable del impuesto de 1931 es distinta del excepcionante.

Por tanto, se debe declarar probada la excepción propuesta.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, oído el concepto del señor Procurador General de la Nación y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara probada la excepción que resulta del hecho de haberse adelantado la acción ejecutiva contra el señor Jesús M. González R., persona distinta de la que figura como deudora del impuesto sobre la renta en el Municipio de Concordia, correspondiente al año de 1931. En consecuencia, se ordena suspender el juicio y levantar el embargo de los bienes sujetos a la traba ejecutiva.

Cópiese, notifíquese, publíquese y oportunamente devuélvase el expediente.

Eleuterio Serna R., Aníbal Cardoso Gaitán, Pedro A. Gómez Naranjo—Gustavo Gómez Hernández, Srio. en ppdad.

PETROLEOS

Si es verdad que el aviso del descubrimiento de una mina da nacimiento al derecho a la adjudicación, tal derecho está sujeto al cumplimiento por el interesado de todos los demás requisitos: denuncio, posesión, medida de la mina y expedición del título. El acto del aviso de una mina, si bien necesario ordinariamente para llegar a la titulación, no es un requisito "sine qua non" para que la adjudicación pueda decretarse, si todas las demás diligencias se satisfacen debidamente. Si estas últimas, como el denuncio, mensura, amojonamiento y titulación se cumplieron al amparo de una legislación que permitía adjudicar las minas de petróleo, no hay razón para que por la sola falta del aviso dentro del término en que regía el artículo 112 del Código Fiscal, haya de producirse como consecuencia la ineficacia legal del título respectivo. Los derechos contemplados por el artículo 117 del Código de Minas son los que surgen entre distintas personas, y no entre éstas y el Estado, dueño de las minas. El derecho a que alude ese artículo no es en favor del avisante sobre la mina, sino a su favor para que con él se prosigan las diligencias conducentes y para que se le haga la adjudicación, si no pierde su derecho por causas legales. (Artículo 118, ib.) Expedida la ley derogatoria de otra que permitía las adjudicaciones, queda por el mismo hecho prohibida toda nueva titulación, y no puede decretarse; si se hace, la titulación será nula.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, agosto treinta y uno de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente, Dr. Aníbal Cardoso Gaitán).

Pertenecen a los artículos 27 y 28 de la Ley del Petróleo, 37 de 1931, las siguientes disposiciones:

"Artículo 27. Toda persona natural o jurídica que pretenda efectuar exploraciones con perforación en busca de petróleo que repute de propiedad privada, o explotar dicho petróleo, deberá dar, en cualquiera de estos dos casos, un aviso al Ministerio respectivo, acerca de la persona para quien vayan a hacerse las exploraciones o explotaciones, la extensión y los linderos del terreno en que hayan de efectuarse, y el día en que deban iniciarse.

"Al aviso deberá acompañar las pruebas que demuestren el derecho a extraer el petróleo que se encuentra o pueda encontrarse en aquel terreno. Tales pruebas serán enviadas al Procurador General de la Nación para que emita concepto sobre su valor jurídico dentro del término de treinta (30) días.

"En seguida el Ministerio, si fuere el caso, practicará las diligencias que estime necesarias para formar pleno conocimiento del asunto, tomará copia de las pruebas presentadas y devolverá los originales al interesado, declarando que éste cumplió con las formalidades legales.

"Si dicha declaración de que se ha cumplido con las formalidades del aviso no es hecha por el Ministerio dentro de sesenta (60) días después de recibido dicho aviso, se presume que el interesado cumplió oportunamente con su obligación de dar el aviso y presentar sus pruebas, pudiendo emprender en la exploración y explotación proyectadas, sin perjuicio del derecho de la Nación para iniciar las acciones que estime del caso...."

"Artículo 28. Cuando el Ministerio del ramo, en vista de los documentos que se hayan presentado de acuerdo con el artículo anterior, o por las demás informaciones que obtenga, estime que es de la Nación el petróleo de que se trata, enviará toda la documentación a la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, para que dicha entidad, en juicio breve y sumario, en una sola instancia, y dando relación al despacho de estos asuntos, decida si es o nó fundada la pretensión del interesado particular. En dicho juicio breve y sumario serán tenidos como partes la Nación y dicho interesado particular. Si el fallo fuere favorable a la Nación, el interesado particular no podrá emprender en la exploración o explotación proyectada ni adelantarlas si ya las hubiere iniciado, pero tendrá expeditas las acciones de derecho común que sean del caso. Si el fallo en el juicio sumario de que se trata fuere adverso a la Nación, y el Gobierno insistiere en estimar que el petróleo en referencia es de ella, procederá a dar las autorizaciones e instrucciones al respectivo

Agente del Ministerio Público, o a constituir apoderado que intente las acciones que sean procedentes....."

Con el fin de dar cumplimiento a lo que previenen las normas transcritas, el señor Diego Martínez R., en memorial fechado el 18 de diciembre de 1.935, se dirigió al Ministerio de Industrias manifestando que la Compañía Colombiana de Petróleo, S. S., de la cual era Gerente, se proponía efectuar exploraciones con perforación en busca de petróleo en las minas de su propiedad denominadas "Tres Cármenes de Playa Larga", "El Triángulo de Ramiro", "El Almáncigo", "El Coco", "La Aguada", "Los Cordobitas", "El Imposible", "La Parchita", "Siete Vueltas de Córdoba", "Del Rey", "María Elena", "El Guáimaro", "Aura María" y "Arboletes" ubicadas en la antigua provincia del Sinú, Departamento de Bolívar.

El Ministerio pasó el asunto al señor Procurador ad-hoc, doctor José A. Gutiérrez Ferreira,—por impedimento del principal y falta del suplente, y aquel funcionario opinó favorablemente a la validez de todos los títulos presentados, con excepción de los correspondientes a las minas denominadas "El Guáimaro" y "Arboletes".

En virtud de un estudio muy interesante presentado como informe por el señor Abogado Especial de Petróleos al Ministro del ramo, y que éste acogió en resolución de 14 de abril de 1936, dispuso ese despacho remitir el expediente a esta Sala "para que en los términos y por los motivos a que se refiere el artículo 28 de la Ley 37 de 1931, se decida si son fundadas o nó las pretensiones del interesado.

En la Corte se le dio al negocio la tramitación que le corresponde en armonía con el artículo 1204 del Código Judicial, única disposición aplicable para sustanciar el sumario de que hablan los artículos transcritos de la ley del petróleo, ya que el Código Judicial actual no establece normas particulares para los juicios sumarios, como sí las establecía el anterior.

Oportunamente el señor Procurador emitió su concepto sobre la presente demanda, y en memorial posterior el señor abogado del demandante plantea así su pedimento ante la Corte.

"En resumen, termino solicitando de vosotros, muy respetuosamente, resolváis lo siguiente:

"1ª Que la Corte no tiene jurisdicción para conocer de este negocio, porque la Resolución del Ministerio se dictó fuera del término de sesenta días de que habla el artículo 27 de la Ley 37 de 1931, es decir, cuando existía una presunción legal sobre la validez de los títulos. Subsidiariamente pido:

"2ª Que declaréis que los títulos de las minas de que trata este juicio son válidos, y su validez no puede impugnarse en virtud de la fuerza de la cosa juzgada. Y finalmente, también en forma subsidiaria,

"3ª Que declaréis que no existe causal de nulidad que invalide la titulación de las catorce minas de que trata este juicio y especialmente de aquéllas de que habla tanto el Ministerio de Industrias en su Resolución de 14 de abril como de las que habla el señor Procurador General de la Nación, en su vista fiscal. Consecuencialmente debéis declarar en cualesquiera de los casos anteriores, que la Compañía que represento cumplió exactamente con la formalidad del aviso de que trata el artículo 27 de la Ley 37 de 1931 y que puede proceder a la exploración o explotación avisada".

Siguiendo el orden propuesto en las peticiones hechas por el señor abogado de la Compañía Explotadora de Petróleo, S. A., pasa la Sala hacer el estudio de las diversas cuestiones que comporta el asunto propuesto a su decisión.

JURISDICCION DE LA CORTE

Afirma el señor abogado de la Compañía que la Corte no ha adquirido jurisdicción para conocer en este negocio porque el Ministerio de Industrias dejó transcurrir el término de sesenta días que le fija el artículo 27 de la Ley 37 de 1931 sin resolver el envío de la documentación a la Corte, y que por tanto cuando ese despacho hizo la remisión a esta Sala, estaba ya operando en favor de la Compañía la presunción de que había cumplido con el deber de dar el aviso, de presentar sus pruebas, y que podía entonces emprender legalmente la exploración proyectada, sin tener que someterse para hacerlo a las resultas del presente juicio sumario.

El Ministerio de Industrias declaró, al tramitar el aviso de que se trata, que el término de sesenta días mencionado había sufrido dos suspensiones que debían restarse del cómputo de sesenta días que para resolver le señala la ley al Ministerio del ramo. Tales suspensiones fueron la del término de las vacaciones judiciales, del 23 de diciembre de 1935 al 21 de enero de 1936, y la del término necesario para decidir el incidente

de impedimento del Procurador General de la Nación, propuesto por aquel funcionario el día 4 de febrero de 1936.

Suspensión por vacaciones judiciales

Al dictar el Ministerio su auto de 29 de diciembre de 1935, en que dispuso pasar al Procurador la documentación allegada, declaró: "Es entendido que, en virtud de haber sido introducidos esos documentos al Ministerio el 23 de los corrientes, fecha en la cual estaba ya corriendo el término de vacaciones judiciales de que trata la parte final del artículo 181 del Código Judicial, el término de sesenta días (60) de que habla el artículo 27 de la ley 37 de 1931 (inciso 4º) está suspendido, y sólo principiará a correr a partir del 21 de enero próximo venidero, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 369 del Código Judicial".

Contra la legalidad de tal providencia el señor abogado de la Campañía presenta varias alegaciones a la Corte, las que no es necesario examinar en virtud de que al auto del Ministerio, en que se decretó la suspensión referida, fue oportunamente notificado al entonces apoderado de la Compañía, doctor Enrique de la Espriella, y consentido o aceptado por él. La constancia respectiva dice así: "Hoy veintitrés de enero de mil novecientos treinta y seis (23-1-36) notificó el auto anterior el doctor Enrique de la Espriella. Impuesto firma manifestando que lo consiente.—Espriella.—El Secretario del Ministerio de Industrias y Trabajo, Luis Alberto Lindarte".

Si la disposición del Ministerio sobre suspensión del término de que allí se trata, en vez de ser consentida o aceptada por el abogado de la Compañía, hubiese sido reclamada, y sobre tal reclamación hubiera dictado el Ministerio nueva providencia, ésta última podría ser hoy materia de examen por esta Sala, en orden a determinar si ella tenía jurisdicción para conocer del negocio. Pero como el abogado de la Compañía no hizo oportuna reclamación, y al contrario manifestó su asentimiento a la decisión ministerial que decretó la suspensión, no es ya oportuno considerar la cuestión propuesta en el punto de que se trata.

Suspensión por impedimento del Procurador

En auto de 5 de febrero del año en curso, el señor Ministro de Industrias y Trabajo decidió que era legal el impedimento manifestado por el entonces Procurador General de la Nación, doctor Alberto H. Torres, para intervenir en las diligencias que se adelantaban por el aviso de la Compañía Explotadora de Petróleo, y dispuso llamar al respectivo suplente. En esa providencia se lee: "Es entendido que este incidente suspende durante todo el término de su duración, el plazo de que habla el artículo 27, inciso 4º, de la ley 37 de 1931".

La providencia referida hizo que el Ministerio de Industrias y Trabajo se dirigiera al señor Ministro de Gobierno en solicitud del llamamiento de la persona que debía reemplazar al Procurador impedido. Y el Ministerio de Gobierno contestó al de Industrias y Trabajo, el 25 de febrero, comunicándole que por decreto número 342, del 22 del mismo mes, el Gobierno había nombrado Procurador General de la Nación ad-hoc, al señor doctor José A. Gutiérrez Ferreira.

Pasado el asunto al señor Procurador ad-hoc el día 6 de marzo, dicho funcionario devolvió el expediente al Ministerio el día 13 del mismo mes.

El señor Abogado Especial de Petróleos conoció posteriormente del negocio y rindió concepto el 26 de marzo.

Finalmente, el señor Ministro del ramo dictó el 14 de abril siguiente su Resolución por la cual se dispuso remitir el asunto a la Sala de Negocios Generales de la Corte.

El abogado de la Compañía considera que fue ilegal la suspensión decretada por el Ministerio al decidir sobre el impedimento del Procurador.

Sobre el punto de que se trata se expresa así el abogado de la Compañía:

"Y no se diga que el impedimento del señor Procurador General de la Nación, interrumpió el término legal, porque si éste estaba impedido, debía pasarse el negocio inmediatamente a su suplente, sin necesidad de nombrar Procurador especial para el caso. La ley ordena, artículo 220 del Código Político y Municipal, que el Procurador General de la Nación durará en su destino tres años, y que tendrá un suplente que lo reemplace en las faltas temporales y en las absolutas mientras se provee el puesto. Según este precepto legal, el Procurador debe tener un suplente durante todo el período del principal; si el Gobierno no cumple con este deber, no pueden los particulares sufrir consecuencias graves por una falta del Gobierno en el cumplimiento de sus obligaciones.

"Ahora bien: el artículo 168 del C. J., aplicable en este caso, porque cuando no haya

ley exactamente aplicable al caso controvertido se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes (art. 8 de la ley 153 de 1887) dispone que, 'Cuando un Agente del Ministerio Público está impedido para intervenir en un asunto, lo reemplaza el suplente respectivo....'

"Según este precepto legal, el señor Ministro de Industrias y Trabajo, ha debido pasar el expediente, tan pronto como se declaró impedido el Procurador principal, a su suplente, sin que este incidente suspendiera el término legal de sesenta días. Ahora, si el Gobierno, como antes dije, no ha cumplido su obligación de nombrar suplente al Procurador, ésta omisión, que causa perjuicio a mis clientes, no puede cargárseles".

Y en otra parte de su memorial dice el señor abogado: "El término de sesenta días de que vengo hablando es fatal y no permite suspensiones como pretendió hacerlo el Ministerio de Industrias y Trabajo en el caso de que me ocupo".

En primer lugar, cabe observar que si los términos para las actuaciones judiciales y administrativas señalados en las leyes deben ser precisos y que dentro de ellos han de cumplirse las previsiones, requisitos o exigencias de la ley, ello no implica que los dichos términos hayan de ser "fatales", como lo afirma el señor abogado, y que en todo caso, sin distinción ni análisis, el término deba correr de modo inevitable. Ello sería contrario a los dictados de la razón y de la experiencia, que indican cómo, frecuentemente, por diversas causas perfectamente atendibles y justas, los términos señalados para las actuaciones judiciales y administrativas, están sujetos a suspensiones. La misma ley, artículo 370 del C. J., contempla de modo expreso varios casos en que los términos se suspenden.

En el caso que examina la Corte ocurrió que al pasar el expediente al señor Procurador, éste se declaró impedido; que el impedimento fue hallado legal por el señor Ministro del ramo, y que por no haber en esa oportunidad suplente que pudiera reemplazar al Procurador, fue necesario que el Gobierno nombrara uno ad-hoc.

Y la demora que por los motivos expresados tuvo la tramitación del asunto es perfectamente explicable y natural, de concurrencia frecuente en los negocios judiciales.

Es el propio caso que se presenta cuando un asunto llega al conocimiento de un juez, y por cualquier causa el funcionario que desempeña el juzgado con el carácter de principal no se halla al frente del despacho, ni tampoco su suplente, y entonces es necesario esperar a que el Tribunal designe un juez interino. Es claro que en este evento los términos judiciales se suspenden mientras el funcionario a quien corresponde conocer se pone nuevamente al frente de la oficina. Los términos deben suspenderse porque las circunstancias apuntadas implican el no despacho por el funcionario correspondiente, y el artículo 369 del C. J. establece que los términos judiciales se suspenden para todos los negocios en curso en los días de vacancia y "en los que por cualquier circunstancia no se abra el despacho del juzgado o tribunal".

Y aunquando, como lo afirma el apoderado de la Compañía, el concepto del Procurador solicitado por el Ministerio no se dio en una actuación judicial, el artículo 12 de la ley 72 de 1925 dispone que en las actuaciones administrativas se observen las reglas de procedimiento compatibles con la naturaleza de aquellas, por lo cual la suspensión de que se trata tuvo un fundamento legal suficiente.

Afirma el señor apoderado que si el Procurador principal se hallaba impedido, debió pasarse el negocio a su suplente, y que el Gobierno estaba obligado a tener un suplente que reemplazara al Procurador principal, sugiriendo con esto que en tal forma se habría evitado la demora consiguiente, sin advertir que de todos modos la falta del Procurador principal implicaba la suspensión del término por el tiempo necesario para que se llamara al suplente y para que éste entrara en el ejercicio de sus funciones.

Cosa juzgada

El segundo pedimento del representante de la Compañía es el de que se declare que los títulos de las minas a que se refiere el aviso, son válidos en virtud de la fuerza de la cosa juzgada, por haber sido ellos objeto de sentencias anteriores del Tribunal de Cartagena y de la Corte Suprema de Justicia que los declararon ajustados a las exigencias de la ley.

No encuentra la Sala fundado en derecho éste pedimento porque no se reúnen en el presente caso los requisitos necesarios para que legalmente se produzca la cosa juzgada. Falta uno de ellos, que es esencial, y que consiste en que la sentencia que ha de pronunciarse pueda recaer sobre la misma cosa, más concretamente, sobre la misma cuestión jurídica desatada por el primer fallo.

Es verdad que los títulos de las minas a que el juicio actual se refiere fueron sometidos a la decisión del Poder Judicial, pero nó para que se fallara sobre la cuestión legal que alrededor de ellos se ha suscitado en la presente actuación, sino sobre otros puntos que fueron concreta y expresamente determinados tanto en la demanda como en las sentencias.

Es suficiente, en confirmación de lo que aquí se expresa, reproducir algunos pasajes de una de las sentencias proferidas por la Corte Suprema, respecto de unas de aquellas minas, y que en su contenido jurídico informó también otros fallos de la Corte acerca de las demás minas.

En sentencia de la Sala de Negocios Generales, de fecha 9 de septiembre de 1921, que obra en los autos, se lee:

"El hecho fundamental de las demandas es el de que los adjudicatarios de las minas objeto de ellas no acreditaron su carácter de descubridores o denunciantes, de conformidad con el decreto ejecutivo número 263 referido. Ese decreto se expidió en consideración a que, habiendo dispuesto el artículo 11 del Código Fiscal vigente, que para la adjudicación de las minas de petróleo que se hallaran en terrenos baldíos, se seguiría el procedimiento establecido para la de las de oro de aluvión, se observó que en la práctica no era adaptable ese procedimiento para la adjudicación de las de petróleo, por lo cual el decreto le introdujo la modificación de que después de avisada la mina, al denuncio de ella debía acompañarse la declaración del Ministerio de Obras Públicas de que el denunciante era descubridor de la mina una vez que hubiera examinado los planos científicos del terreno en que estuviese el petróleo, y comprobado el análisis técnico del mismo, que debía presentar el denunciante de la mina y que mientras no se hubiera hecho todo esto, no se daría curso al expediente.

"En los expedientes seguidos para la adjudicación de las minas en litigio a los demandados, no se llenó la formalidad que se acaba de mencionar".

"La nulidad de los actos o contratos proviene de que no tengan los requisitos o formalidades que la ley prescribe para el valor de los mismos, según su especie y naturaleza y la calidad o estado de las partes, de acuerdo con las definiciones que de nulidad dan los artículos 1740 y 1741 del Código Civil. De la inobservancia de la ley sobre el particular, se deriva la nulidad de los actos o contratos, no de la omisión de las formalidades o requisitos prescritos por decretos gubernativos, salvo que por disposición legal hubieran de tener fuerza de ley.

"Para la adjudicación a los demandados de cada una de las minas controvertidas, no se cumplió el requisito de que el Ministerio de Obras Públicas hubiera declarado que el avisante era el descubridor de cada una de ellas; pero como ese requisito no estaba prescrito por las disposiciones legales del Código de Minas (artículos 5º a 56), la omisión de ese requisito no es causa de nulidad de la adjudicación respectiva".

Es decir, que el poder judicial falló las demandas referentes a los títulos favorablemente a su validez, por no haber encontrado que el motivo de infracción a las disposiciones de un decreto, tuviera el carácter de causal de nulidad de los mismos títulos.

La cuestión ahora propuesta es la de si algunas de las titulaciones a que el aviso de exploración de petróleos se contrae, son válidas o no por haberse tramitado las adjudicaciones respectivas y expedido los títulos correspondientes antes de la vigencia del artículo 112 del Código Fiscal actual, en su vigencia o con posterioridad a su derogación. Como se ve, el punto jurídico es totalmente extraño al que consideró el poder judicial en las sentencias de que antes se hizo mención. Y por este motivo, en opinión de la Corte, no existe, para el caso que se considera, el imperativo de la cosa juzgada, alegada por el señor abogado de la Compañía.

Validez legal de los títulos

Es por tanto el caso de estudiar la cuestión a que se refiere el punto tercero de los pedimentos que formula a la Corte el señor apoderado, de que se declare "que no existe causal de nulidad que invalide la titulación de las catorce minas de que trata este juicio".

Sobre el particular el señor Abogado Especial de Petróleos hace una clasificación en tres grupos de las minas a que se refiere el aviso:

1ª Minas avisadas antes de la vigencia del Código Fiscal.

2ª Minas de aviso de fecha incierta.

3ª Minas avisadas durante la vigencia del Código Fiscal.

Y el mismo señor abogado, después de señalar para el primer grupo las minas El Guáimaro y Arboletes, considera que como tales minas fueron avisadas ante el alcalde de Lorica el 15 de diciembre de 1912, antes

de que entrara a regir el artículo 112 del Código Fiscal actual que autorizaba la adjudicación de las minas de petróleo, el aviso hecho entonces no podía producir efecto alguno legal, y que por lo tanto las adjudicaciones son nulas.

Refiriéndose a este punto el señor Procurador dice: "Parece clara la nulidad de dichas adjudicaciones, por cuanto su aviso se practicó durante una época en que regían disposiciones legales perfectamente distintas, con requisitos distintos también a los empleados por los denunciantes en su adquisición. Y como lo dice con mucho acierto el Ministerio de Industrias "el acto que da nacimiento al derecho de obtener la adjudicación de una mina descubierta, es el aviso de su descubrimiento, y que el denuncio, así como todas las demás diligencias posteriores hasta la expedición del título, no son otra cosa que simples formalidades previas necesarias a la adquisición de la mina descubierta, derecho de adjudicación que se adquirió en el descubrimiento de la mina y su correspondiente aviso".

Con relación al anterior parecer del señor Procurador, el abogado de la Compañía manifiesta lo siguiente: "Ahora bien, si el artículo 8º del Código de Minas manda que para poder adquirir la adjudicación de una mina, de cualquier clase que sea, es necesario, como diligencia preliminar que se dé el aviso, en la forma que tal disposición ordena, no es exacto lo que afirma el señor Procurador General de la Nación, de que en la época en que se avisó el descubrimiento de las minas denominadas El Guáimaro y Arboletes regían disposiciones perfectamente distintas, con distintos requisitos de los establecidos por el artículo 112 del Código Fiscal. Este artículo no hizo sino establecer para las minas de petróleo situadas en terrenos baldíos, el mismo procedimento que el Código de Minas señala para la adjudicación de las minas de aluvión u oro corrido, procedimiento que en nada cambió el establecido para las minas de petróleo en el Código de Minas. Mejor dicho, en el procedimiento para la adjudicación de minas de petróleo, ya fuera durante la vigencia del Código Fiscal de 1873, ya con posterioridad a la vigencia de la ley 30 de 1903, o finalmente durante la vigencia del artículo 112 del Código Fiscal actual, siempre era indispensable dar el aviso del descubrimiento como lo ordena el artículo 8º del Código de Minas; y siendo así, como antes dije, no es exacto lo que afirma el señor Procurador General de la Nación de que el 15 de diciembre de 1912, fecha del aviso de las citadas minas, rigieran disposiciones distintas para ésta clase de actuaciones, de las que rigieron después del 1º de abril de 1913 hasta el 15 de noviembre del propio año; en todas esas épocas era indispensable el aviso del descubrimiento. Si el 15 de diciembre de 1912, como requisito previo y preliminar para la adjudicación de una mina era necesario dar el aviso de que habla el art. 8º del Código de Minas y si después de dado este aviso, es decir, cuando entró en vigencia el art. 112 del Código Fiscal, también era indispensable dar el mismo aviso, no veo la razón para que el avisante tuviera que repetirlo, so pena de incurrir en nulidad en la adjudicación".

La Corte observa que si es verdad que el aviso del descubrimiento de una mina da nacimiento al derecho a la adjudicación, tal derecho a obtener la adjudicación está sujeto al cumplimiento por el interesado de todos los demás requisitos, denuncio, posesión, medida de la mina y expedición del título. Lo que demuestra —y este punto se dilucida más ampliamente adelante— que el aviso de una mina, si bien confiere derechos a favor del avisante para que terceros no avisen también la misma mina, no constituye tal acto un derecho en la mina, en la propiedad sobre ella, sino un derecho a que con el avisante se prosigan las diligencias ulteriores para que si cumple con todos los requisitos de la ley, se le adjudique y titule la mina a su favor. Y no constituyendo, como no lo constituye el aviso de una mina, un derecho en ella, dicho acto, si bien necesario ordinariamente para llegar a la titulación, no es un requisito sine qua non para que la adjudicación pueda decretarse, si todas las demás diligencias se satisfacen debidamente. Y, si éstas últimas, como el denuncio, mensura, amojonamiento y titulación se cumplieron al amparo de una legislación que permitía adjudicar las minas de petróleo, no hay razón para que por la sola falta del aviso dentro del término en que rigió el artículo 112 del Código Fiscal, haya de producirse como consecuencia la ineficacia legal del título respectivo.

Cuando se avisaron las minas denominadas El Guáimaro y Arboletes no era permitido adjudicar minas de petróleo, conforme a las reglas del Código de la materia. Los avisos hechos en tales condiciones no producían efecto alguno en orden a la continuación de las diligencias para titular tales minas. Pero una vez en vigor el artículo 112 del Código Fiscal, no se ve por qué la tramitación correspondiente no pudiera ade-

lantarse tomando base en los avisos mencionados. Toda la tramitación necesaria para la titulación de una mina se refiere, antes que a la obtención de derechos sobre ella —los que no se consiguen sino por el título legalmente inscrito—, a regular la condición jurídica de posibles interesados en la titulación en proyecto, por tener mejor derecho a ella, o por otras razones. Por consiguiente, no se infiere agravio a la ley, en punto sustancial, al darle validez a los avisos que los interesados hicieron para obtener la adjudicación de las minas llamadas El Guáimaro y Arboletes.

No acoge la Sala el razonamiento que el señor abogado de la Compañía hace en este punto cuando afirma que también bajo la vigencia de las leyes anteriores al Código Fiscal vigente era necesario que las minas de petróleo fueran avisadas y que por lo tanto no hay razón para que, debiendo avisarse entonces tales minas, tuviera el interesado que repetir el aviso posteriormente, so pena de nulidad de la adjudicación. El artículo 2º de la ley 38 de 1887 dijo que "con excepción de los depósitos de carbón, etcétera", eran también denunciables otras minas. Es decir, que las de carbón no lo eran. Y no siéndolo no tenían por qué ser avisadas, y por lo mismo no era indispensable el aviso de su descubrimiento. Y la ley 30 de 1903 hizo aplicables al petróleo las disposiciones sobre minas de carbón.

Minas de aviso de fecha incierta

A este grupo pertenece la mina María Helena. Acerca de ella el señor Procurador manifiesta que aunque su denuncio y registro se practicaron dentro de la vigencia del artículos 112 del Código Fiscal, como el aviso se hizo en fecha que no resulta acreditada en autos, es necesario, para la validez de este título, que se acredite aquella fecha y que se compruebe la oportunidad del aviso.

Las comprobaciones que echó de menos el señor Procurador fueron traídas a los autos durante el término de prueba, con la copia del título de la mina María Helena expedida por la Secretaría de Hacienda de la Gobernación de Bolívar el 8 de julio de 1936, ya que conforme a los datos de dicho título, la mina aparece avisada el 6 de abril de 1913, y el denuncio el 13 de mayo siguiente, es decir, dentro del tiempo de vigencia del artículo 112 del Código Fiscal, que rigió del 1º de abril al 15 de noviembre de 1913.

Minas avisadas durante la vigencia del Código Fiscal

Las minas de este grupo pueden subdividirse en dos clases: minas adjudicadas durante la vigencia del artículo 112 del Código Fiscal y minas adjudicadas cuando ese artículo había sido ya derogado por la ley 75 de 1913.

Sobre las primeras no puede formularse reparo alguno en cuanto a la legalidad de las titulaciones. Tales minas son: María Helena, Del Rey, Aura María, Las Tres Cármenes de Playa Larga y El Imposible.

Y el señor Procurador considera que la validez de estos títulos no ofrece dudas.

Respecto de las demás minas, las adjudicadas con posterioridad a la vigencia del artículo 112 citado, debe la Sala detenerse en el estudio de las diversas consideraciones que en el particular se han hecho, así por el Ministerio de Industrias y Trabajo como por el Procurador General de la Nación y el señor abogado de la Compañía. Son siete las minas que se hallan en el caso aquí contemplado: El Triángulo de Ramiro, El Almácigo, El Coco, La Aguada, Las Cordobitas, La Panchita y Siete Vucitas.

Es oportuno reproducir aquí algunos pasajes del concepto del señor Procurador, en los cuales se alude al del Ministerio, en relación con el punto de que se trata. Dice el señor Procurador: "Según la tesis del Procurador (se refiere al Procurador ad hoc), quizás la mejor fundamentada, se produce un derecho adquirido por el aviso y denuncio de una mina, invulnerable por una ley posterior. Sostiene el Ministerio la tesis contraria, según la cual, dicho aviso y denuncio apenas constituyen una mera expectativa, adquiriéndose el derecho mediante el cumplimiento de todos y cada uno de los requisitos' que exige el Código de Minas', por el denuncio y la explotación de las de aluvión de oro corrido (art. 112 del C. F.)".

"La Procuraduría, basada en la primera tesis, se aparta de la sostenida por el Ministerio, por encontrar aquélla más defensable jurídicamente.

"Primero trataré el tema desde un punto de vista teórico para luégo concluír considerándolo a la luz de nuestra legislación.

"Existen mejores razones para sostener que mediante el aviso y denuncio se genera un derecho adquirido, intangible por una disposición legal, aunque el cumplimiento de requisitos posteriores se haya practicado durante la vigencia de la ley 75 de 1913 derogatoria del precepto que dio nacimiento al derecho. En todo caso, la falta de dichos

requisitos implicaría una condición suspensiva del derecho, que en ningún caso le quita el carácter de adquirido. Al respecto dice el doctor Rodríguez Piñeres: 'Partiendo del principio de que los derechos condicionales están en el patrimonio de un sujeto, aun cuando su realización se halle sometida al acaecimiento de un hecho futuro e incierto, se puede afirmar que no pueden ser menoscabados por una ley posterior sin la correspondiente indemnización'.

"Cierto que al avisar y denunciar una mina no se adquiere un derecho *in re* sino *ad rem*, a la mina, a la adjudicación de la mina. Pero de esta diferencia no se desprende que una nueva ley pueda desconocer ese derecho, lo que jurídicamente sería absurdo, ni mucho menos afirmar, que el aviso y el denuncio de una mina ocasiona apenas una mera expectativa que no constituye derecho.

"Abocando el tema a través de nuestra legislación minera, hallamos lo siguiente:

"El artículo 117 del C. de Minas, al referirse al aviso practicado de conformidad con el 8º de la misma obra, enfáticamente declara que se adquiere un derecho, el cual no puede perderse sino en los seis casos únicos que el 118 menciona. Claramente resulta de autos que los denunciantes de las minas en referencia no incurrieron en ninguno de dichos casos de extinción del derecho, y, por tanto, lo obtuvieron perfecto a su adjudicación.

"El mismo principio resulta del art. 127 ibídem, al decir: 'El individuo que adquiera derecho a una mina, conforme a lo dispuesto en el capítulo precedente, será conservado en él por las autoridades públicas mientras no la abandone".

"Y el 128 siguiente habla también del derecho de que gozan los individuos en posesión de una mina, a quienes se les puede expedir el título correspondiente, 'aunque el denuncio y demás diligencias se hayan practicado conforme a las prescripciones de la ley anterior.

"Como se ve, el Código reconoce el derecho obtenido por denuncio hecho conforme a una disposición anterior, confiriendo la prerrogativa de que sus títulos se expidan de acuerdo con sus preceptos. Este principio contribuye, pues, a esclarecer por analogía el caso que se analiza. En efecto: al entrar en vigor la ley 75 de 1913, los denunciantes, por la práctica de las diligencias de aviso y denuncio, adquirieron un derecho a sus minas que no podía ser desconocido por dicha ley. Aquel precepto de nuestra legislación minera sirve, por lo menos, como antecedente que aclara la materia e indica un camino seguro para definir el presente caso..."

"Por último, si analizamos la ley 75 de 1913, que deroga el artículo 112 del Código Fiscal, tampoco encontramos disposición expresa ni tácita con efecto retroactivo contrario a los actos ejecutados por individuos que avisaron y denunciaron minas, lo que sí sucede con la ley 84 de 1927, en su artículo 3º, que directamente ordenó suspender las propuestas y los contratos referentes a los hidrocarburos que ya estaban en camino de conseguir su aprobación oficial. Si la intención del legislador, al expedir la ley 75 de aquel año, fue impedir la ejecución de las minas cuyas diligencias prácticamente estaban finalizadas, expresa o tácitamente lo hubiera dicho en la misma ley, o por lo menos así debiera constar en los antecedentes de su expedición".

Sobre las muy importantes consideraciones que el señor Procurador hace sobre la cuestión que ahora se estudia, observa la Corte:

El derecho adquirido, a que hace mención el señor Procurador, que genera el aviso y el denuncio de una mina, no puede ser otro que el que en armonía con las disposiciones legales respectivas se permite obtener, o sea el de que con el avisante y denunciante de la mina se prosigan las diligencias conducentes a la adjudicación y titulación de ella.

Observa el señor Procurador que, según lo reza el artículo 117 del Código de Minas, el que da el aviso adquiere un derecho a dicha mina, que no se pierde sino en cualquiera de los seis casos contemplados en el artículo 118. Evidentemente, el artículo 117 establece que en el caso por él contemplado se adquiere un derecho preferente al de toda otra persona. Lo que quiere decir que el artículo da la norma para resolver conflictos por razón de posibles derechos opuestos de varios particulares entre sí. Lo confirma el propio título del capítulo respectivo del Código: "relación de derechos entre los que pretenden una mina" (subraya la Sala). Los derechos aquí contemplados son, pues, los que surgen entre distintas personas y no entre éstas y el Estado, dueño de las minas. Las reglas del capítulo se aplican para resolver dificultades o conflictos entre varios avisantes o denunciantes u otros que pretenden tener derecho a la adjudicación de una mina. Pero por sobre los derechos de todos ellos a obtener la titulación respectiva, se halla colo-

cada la ley que manda o prohibe adjudicar minas a particulares, que cuando es prohibitiva hace imposible para todos los interesados, cualquiera que sea la posición jurídica en que ellos se encuentren entre sí, adquirir las minas por medio de la adjudicación y titulación respectivas.

De otro lado, las causas por las cuales ocurre la pérdida del derecho contemplado en el artículo 117 a las cuales se refiere el artículo 118, demuestran que el derecho a que alude el artículo 117 no es en favor del avisante sobre la mina, sino a su favor para que con él se prosigan las diligencias conducentes y para que se le haga la adjudicación, si no pierde su derecho (art. 118): 1º Por no denunciarla oportunamente. 2º Por no entregar oportunamente al comisionado para dar la posesión el pliego respectivo. 3º Por no pedir la posesión dentro de los términos establecidos. 4º Por no solicitar también dentro del término el título. 5º Por no pagar puntualmente el impuesto, y 6º Por no oponerse a la posesión que de la mina vaya a dársele a otra persona. Todas estas omisiones indican que, puesto que por cualquiera de ellas se pierde el derecho de que trata el artículo 117 del C. de Minas, tal derecho es apenas el del avisante a que con él se continúe la tramitación para que más adelante, si fuere el caso, se le adjudique la mina.

El artículo 127 del Código, citado por el señor Procurador, dispone que el que adquiera derecho a una mina conforme a lo dispuesto en el capítulo anterior, será conservado en él por las autoridades mientras no la abandone. Y como los derechos de que trata el capítulo anterior son los que adquieren el avisante y el denunciante de una mina, a que se les adjudique, si a ello hubiere lugar, el artículo 127 nada agrega a la calidad sutantiva del derecho concedido por el artículo 117.

Conforme al artículo 128, y según lo observa el señor Procurador, puede darse la posesión y el título de una mina con arreglo al actual Código, habiéndose hecho el denuncio y las otras diligencias conforme a la ley anterior.

Esto es así porque por virtud de ambas legislaciones, se ha permitido o se permite la adjudicación de las minas. Una nueva ley, el actual Código, no tiene interés en que se prohiba la adjudicación de determinadas minas. Pero prohibida tal adjudicación, la ley prohibitiva debe producir sus efectos.

Se reconoce validez por el artículo 128 a los actos ejecutados antes de la ley actual, pero porque así lo establece expresamente tal disposición, y porque la nueva ley y la anterior coinciden o armonizan en cuanto dan el derecho a obtener las adjudicaciones de que allí se trata.

Pero no ocurre lo mismo cuando se han practicado algunas diligencias tendientes a la adjudicación de una mina al amparo de una ley que permitía adjudicarla, y se han realizado posteriormente las demás diligencias cuando la ley permisiba estaba ya derogada.

Expedida la ley derogatoria de otra que permitía las adjudicaciones, queda por el mismo hecho prohibida toda nueva titulación, no puede decretarse; y si se hace, la titulación será nula. La ley —artículo 6º del Código Civil— es muy clara en el particular: son nulos —dice— los actos ejecutados contra expresa prohibición legal.

Que la ley 84 de 1927, artículo 3º, si expresó claramente el propósito de suspender las propuestas y contratos de petróleo, dice el señor Procurador, y que no sucede lo propio cuando, como en el caso contemplado, apenas existe la simple derogación del artículo 112 por virtud de la ley 75 de 1913. Se observa: la ley derogatoria nada dijo de la suspensión de las adjudicaciones que entonces estaban en curso, pero al derogar la ley anterior, que las permitía (art. 112), dio una norma que no limitó en sus efectos o consecuencias. Y de aplicarla resulta que no se puede ya hacer adjudicaciones de minas de petróleo, con posterioridad a la expedición de la ley 75 de 1913.

Por lo dicho en este punto, hay necesidad de concluir que los títulos de las minas mencionadas arriba, que fueron expedidos con posterioridad a la vigencia del artículo 112 del Código Fiscal, no son válidos por hallarse afectadas de nulidad las titulaciones correspondientes.

El pago de los impuestos sobre las minas

El señor Abogado Especial de Petróleos plantea la cuestión, que acogió el Ministerio como uno de los fundamentos de su providencia, de que por no haberse acompañado por el interesado en el aviso la prueba de que se han pagado los impuestos referentes a las minas, no se puede afirmar, aún en la hipótesis de que fueran válidos por otros conceptos los títulos respectivos, que la propiedad de ellas pertenezca a los adjudicatarios, ya que sin el pago oportuno de los impuestos se habría cumplido la condición resolutoria que lleva toda adjudicación y que

hace volver al dominio del Estado las minas que en tales condiciones se encuentren.

Pero posteriormente se trajo al expediente la comprobación que se echaba de menos, consistente en una copia de la escritura pública en que aparecen protocolizados los recibos de las sumas pagadas a la Administración de Hacienda Nacional de Cartagena para la redención a perpetuidad de las minas a que se refiere el presente juicio.

En mérito de todo 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, falla:

1º—Por ser fundada en derecho la pretensión del interesado, puede la Compañía Explotadora de Petróleo S. A. adelantar exploraciones con perforación en busca de petróleo en las minas denominadas El Guáimaro, Arbolitos, María Helena, Del Rey, Aura María, Las Tres Cármenes de Playa Larga y El Imposible.

2º—Por no aparecer fundada en derecho su pretensión, debe abstenerse la Compañía de ejecutar actos iguales en las minas El Triángulo de Ramiro, El Almácigo, El Coco, La Aguada, Las Cordobitas, La Panchita y Siete Vueltas.

Notifíquese, publíquese, cópiese y devuélvase al Ministerio del ramo el expediente respectivo.

Eleuterio Serna R., Aníbal Cardoso Gaitán, Pedro A. Gómez Naranjo, Gustavo Gómez Hernández, Srio. en ppd.

EXCEPCIONES EN JUICIO EJECUTIVO

La Corte ha establecido en varios fallos que las acciones ejecutivas que tenga la Nación para hacer efectivos los créditos a su favor prescriben por el transcurso de diez años, al tenor del artículo 2536 del Código Civil.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, septiembre diez y nueve de mil novecientos treinta y seis.

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

El 22 de marzo de 1918, el Juzgado 2º de Ejecuciones Fiscales de Bogotá, libró orden de pago por la vía ejecutiva contra el doctor José Manuel Guillén, por la suma de $ 1,600, provenientes de dos multas, una por $ 1,000 como fiador de cárcel del señor José Antonio de Brigard, decretada por resolución de 30 de abril de 1917, y otra por $ 600, como fiador de cárcel de Alejandro Martínez L., en la cual se le declaró incurso por resolución de 19 de septiembre del citado año de 1917, providencia que quedó ejecutoriada el 29 de noviembre siguiente. El juicio ejecutivo quedó suspendido desde el 29 de mayo de 1920 hasta el 8 de abril de 1935. El Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales, con fecha 22 de mayo pasado, declaró la nulidad de lo actuado en el juicio, desde el auto de 3 de septiembre de 1918 hasta el de 4 de mayo de 1926.

El ejecutado, en memorial de 20 de mayo pasado, propuso excepciones. El incidente fue tramitado legalmente en la Corte y como ha llegado la oportunidad de fallarlo, se procede a ello, previas las siguientes consideraciones:

El ejecutado propone las excepciones de inexistencia de la obligación que se demanda y prescripción de la acción ejecutiva, las cuales se estudian por separado.

Inexistencia de la obligación

Esta excepción se refiere a la suma de $ 1,000, valor de la multa que le fue impuesta por un Inspector de Policía en las diligencias sumarias por falsedad y estafa contra José Antonio de Brigard. Se funda el excepcionante en que esa multa fue revocada por el Juez del conocimiento que lo era el 1º Superior de este Distrito Judicial.

Con el memorial de excepciones acompañó copia del auto Nº 313, del Juez 1º Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de fecha 12 de diciembre de 1918, en el cual se declara al doctor José Manuel Guillén "libre de pagar la multa que le fue impuesta por el señor Inspector 1º Municipal de esta ciudad por auto de fecha 30 de abril de 1917; que no ha incurrido en ella y que por tanto, no

es el caso de exigírsele, debiendo cesar toda gestión encaminada a su efectividad y cobro".

Este documento, que durante el término respectivo se mandó tener como prueba a petición del interesado, es suficiente para declarar probada la excepción de inexistencia de la obligación, ya que la providencia que sirvió de base para el mencionado ejecutivo fue revocada por el funcionario competente. El señor Procurador expresa esta misma opinión en el concepto emitido al descorrer el traslado.

Excepción de prescripción de la acción ejecutiva

Esta excepción la funda el actor en que además de estar mal notificada la demanda al demandado, resulta que la actuación se suspendió, o cesó la persecución por más de tres años, y consecuencialmente la acción ejecutiva se halla prescrita al tenor de lo dispuesto por los artículos 2524, 2536 en relación con el art. 2517 del C. C. Agrega el excepcionante que desde la fecha en que se libró la ejecución han transcurrido más de diez años, sin que se interrumpiera la prescripción por las razones ya expuestas.

Sobre el particular se observa:

La obligación por valor de $ 600 a que se contrae la excepción de prescripción, se hizo exigible el 29 de noviembre de 1917. El juicio ejecutivo se inició el 22 de marzo de 1918. La Corte ha establecido en varios fallos que las acciones ejecutivas que tenga la Nación para hacer efectivos los créditos a su favor prescriben por el transcurso de un lapso de diez años, al tenor del artículo 2536 del Código Civil.

De conformidad con el art. 257 del Código Fiscal, los créditos activos del Estado sólo podían prescribir por el transcurso de treinta años; este artículo fue derogado por la ley 42 de 1923, que entró a regir el 1º de septiembre del mismo año. En relación con estas disposiciones dice el excepcionante:

"No creo improcedente hacer notar a los señores Magistrados que conforme al art. 41 de la ley 153 de 1887, tengo derecho para acogerme a cualquiera de los plazos de prescripción, o sea al señalado por el derogado artículo 257 del C. F. o al establecido por el 2536 del C. C. y como la ley 42 de 1923, que entró en vigencia el 1º de septiembre del mismo año y que fue la que derogó el artículo 257 del C. F. restableció los plazos determinados por el artículo 2536 del C. C., o sea el de diez años para la prescripción de la acción ejecutiva, tendríamos que desde el 1º de septiembre de 1923 hasta el 8 de abril de 1935 han transcurrido mucho más de los 10 años necesarios para la prescripción de la acción ejecutiva, que es la declaración que solicito de la Corte".

Sobre la interrupción de la prescripción en el presente caso, se observa:

De conformidad con el inciso tercero del artículo 2539 del C. C., la prescripción extintiva de la acción "se interrumpe civilmente por la demanda judicial, salvo los casos enumerados en el artículo 2524". Conforme a esta disposición no puede alegarse interrupción de la prescripción en los casos siguientes:

"1º Si la notificación de la demanda no fue hecha en forma legal;

"2º Si el recurrente desistió expresamente de la demanda, o cesó en la persecución por más de tres años".

En el asunto que se estudia la notificación del auto ejecutivo fue hecha ilegalmente, lo cual dio origen a la declaratoria de nulidad de lo actuado, hecha por el señor Juez Nacional de Ejecuciones Fiscales el 22 de mayo de 1936. Por consiguiente, la prescripción no se interrumpió de acuerdo con el numeral 1º del art. 2524 del C. C. citado. También se está en presencia del caso contemplado en el numeral 2º de la misma disposición, porque el juicio fue abandonado por más de tres años, como aparece plenamente acreditado con las pruebas que obran en autos.

Por consiguiente, es el caso de declarar probada la excepción de prescripción, siguiendo la doctrina sentada por esta Sala en varios fallos. En sentencia de fecha cuatro de septiembre del año pasado, en la cual se estudió ampliamente un caso análogo al presente, se dijo lo siguiente:

"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". (Gaceta Judicial, números 1905 y 1906).

El señor Procurador Delegado en lo Civil, con fecha diez y seis de julio pasado, estimó que debía declararse no probada la excepción de prescripción; pero en su vista posterior, de 27 de agosto, hace algunas observaciones a su concepto, como la de que desde el 29 de mayo de 1920 hasta el 8 de abril de 1935 no se ve actuación alguna en el juicio, y deja a la Corte la apreciación de los efectos jurídicos de lo expuesto.

En mérito de lo anterior, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, de acuerdo con el señor Procurador y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y de prescripción de la acción ejecutiva, propuestas por el doctor José Manuel Guillén en el juicio ejecutivo que le adelanta el Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales para hacer efectivos dos créditos a favor de la Nación por la suma de $ 1,600. En consecuencia, se levanta el embargo de los bienes sujetos a la traba ejecutiva y se ordena suspender el juicio.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Eleuterio Serna R., Aníbal Cardoso Gaitán, Pedro A. Gómez Naranjo. Gustavo Gómez Hernández, Srio. en ppd.

EXCEPCIONES EN JUICIO EJECUTIVO

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, octubre diez de mil novecientos treinta y seis.

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

Con fecha 10 de diciembre de 1932, la Recaudación de Hacienda Nacional de Bogotá reconoció a favor de la Nación y en contra de los señores Pedro & Santiago López la suma de $ 88 del impuesto sobre la renta en el año de 1930. La misma oficina libró orden de pago por la vía ejecutiva contra los expresados señores por la cantidad principal, los intereses y las costas.

El doctor Emilio Robledo Uribe, como apoderado de los señores Pedro & Santiago López en Liquidación, poder que le fue conferido por el liquidador de la sociedad señor José María Cortés, propuso la excepción de inexistencia de la obligación, fundándose en que el día 5 de agosto de 1929 fue declarada en liquidación la Compañía a consecuencia de las pérdidas habidas hasta entonces, y que por consiguiente, tal entidad no tuvo renta gravable en el año a que se refiere el reconocimiento.

Tramitado el incidente en la Corte de acuerdo con las formalidades legales, se pasa a decidirlo, previas las siguientes consideraciones:

El apoderado de la sociedad demandada presentó las siguientes pruebas:

a) Copia de una carta dirigida por el señor José María Cortés en su calidad de liquidador de Pedro & Santiago López, a la junta municipal del impuesto sobre la renta, haciéndole saber que la sociedad citada había tenido necesidad de declararse en liquidación por pérdida del capital; y

b) El número 4469 de la Gaceta de Cundinamarca, de 12 de septiembre de 1929, debidamente autenticado, donde aparece la certificación del Notario 5º del Circuito de Bogotá, sobre que por medio de escritura pública número 1454, otorgada en esa misma Notaría por el señor José María Cortés, fueron protocolizadas las actas de los días 5 y 12 de agosto de 1929 de la Asamblea General de Accionistas de la Sociedad Pedro & Santiago López, en las que se acordó poner ésta en liquidación y se nombra para el cargo de liquidador al referido señor Cortés.

Con las pruebas anteriores queda acreditado el fundamento de la excepción propuesta, porque la sociedad ejecutada había entrado en liquidación en la época a que se refiere el impuesto y no tuvo —por tanto— utilidades gravables.

El señor Procurador Delegado en lo Civil al descorrer el traslado de este negocio, dijo lo siguiente:

"La Procuraduría no encuentra objeción alguna qué hacer a las justificadas pretensiones de los demandados, puesto que ellos han traído a los autos pruebas suficientes que acreditan el estado de liquidación y por consiguiente de suspensión de los negocios de la sociedad Pedro & Santiago López du-

rante el período del año de 1930 en que se le deduce la suma de $ 88 por concepto de impuestos sobre la renta".

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, de acuerdo con el señor Procurador y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara probada la excepción de inexistencia de la obligación propuesta en este juicio por el apoderado de Pedro & Santiago López y ordena —en consecuencia— cesar la ejecución.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Eleuterio Serna R., Aníbal Cardoso Gaitán, Pedro A. Gómez Naranjo—Gustavo Gómez Hernández, Srio. en ppdad.

NULIDADES EN JUICIO EJECUTIVO

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales. Bogotá, diciembre nueve de mil novecientos treinta y cinco.

(Magistrado ponente, Dr. Eleuterio Serna R.)

El señor Roberto E. Echeverría, por escritura número 2514, corrida en la Notaría 1ª del Círculo de Barranquilla el 7 de noviembre de 1929, se comprometió a responder por la suma de veinticuatro mil doscientos sesenta y ocho pesos treinta y nueve centavos ($ 24,268.39), provenientes de un alcance que se le elevó en su carácter de Cajero de la Administración General de Salinas Marítimas. En ese instrumento la señora Isabel María González v. de Salcedo y las señoritas Antonia y Josefa María González Vengoechea se comprometieron solidariamente con Echeverría a responder por dicha cantidad e hipotecaron como garantía los derechos que ellas dijeron les correspondían como propietarias en una casa, según consta en la escritura pública número 686 de 27 de julio de 1907, otorgada en la Notaría 1ª del Círculo de Barranquilla.

También aparece demostrado que la señora Cecilia González de Rodríguez se había constituído fiadora solidaria del responsable Echeverría, antes de la hipoteca.

Librada la ejecución contra Echeverría y las cuatro fiadoras prenombradas y adelantado el juicio, se decretó el embargo de los derechos de propiedad que estas fiadoras tenían en la casa que había comprado por la mencionada escritura número 686 de 27 de julio de 1907, y cuyos linderos coinciden con los que figuran en la hipoteca de que ya se habló.

El 25 de julio de 1932, el Juez comisionado para el secuestro y avalúo del inmueble practicó en Barranquilla la respectiva diligencia (fs. 79 del Cdno. 1º), en la cual se dice que los peritos "procedieron a hacer el avalúo, teniendo en cuenta que se trata de derechos hereditarios de las ejecutadas, consistentes en doceavas partes, puesto que en el juicio de sucesión testamentaria de la señora Josefa María Vengoechea de González, que se encuentra abierto en el Juzgado Primero de este Circuito, y que tanto el Juzgado como los peritos han tenido a la vista, figuran doce herederos universales, en su carácter de hijos legítimos de la testadora".

Fue depositado todo el inmueble, cuando parece que, según la escritura 686 premencionada, en él tenía derecho otra persona que no figura como ejecutada.

Ejecutoriada la sentencia de pregón y remate, el señor apoderado de Antonia, Josefa e Isabel González solicitó ante el Juez del asunto, que lo es el Segundo de Ejecuciones Fiscales de Bogotá, se hicieses las siguientes declaraciones:

"I.—Nulidad de todo lo actuado, desde la muerte del señor Roberto Echeverría, por cuanto no se notificó el título ejecutivo a los herederos del ejecutado, en los términos del art. 1434 del C. C. y 451 del C. J.

"II.—Nulidad de la diligencia de depósito y avalúo, y de toda la actuación subsiguiente, porque lo embargado fueron derechos reales en una casa, y se avaluaron y depositaron derechos herenciales por doceavas partes en dicha casa, cuestiones muy distintas entre sí (fs. 51, 79 C. p.), artículos 451, regla 2ª, y 457, inciso 2º del C. J.

"III.—Nulidad del embargo, por cuanto no se dio cumplimiento al art. 1,008 del C. J., último inciso, dado que la casa no pertenece a las ejecutadas, sino a la señora María Josefa Vengoechea, hoy su sucesión, y se ha sacado a remate una finca ajena; y subsi-

guiente nulidad de todo lo actuado por la misma razón.

"IV.—Nulidad de la hipoteca. Las demandadas no son dueñas de la casa o derechos reales hipotecados. Hay hipoteca de cosa ajena que no vale por lo prescrito en los artículos 2443, 2439 del C. C. El certificado del Registrador (fs. 52) acredita este hecho fundamental en esta ejecución. No se puede hacer remates sobre hipotecas nulas".

Tramitada en la primera instancia la articulación de rigor, fue resuelto el incidente desfavorablemente a las pretensiones del articulante, por lo cual vino el negocio a esta Sala, donde se halla debidamente preparado para la decisión, a lo que se procede, mediante el siguiente análisis:

Debe en primer lugar estudiarse si después de dictada la sentencia de pregón y remate se puede pedir una declaratoria de nulidad, a pesar de los términos del artículo 456 del Código Judicial. Ello es una cuestión previa, porque el incidente que está *sub judice* se inició cuando dicha providencia se encontraba ejecutoriada. El artículo que se acaba de nombrar es como sigue:

"En cualquier estado del juicio, antes de que se dicte la sentencia, las partes pueden pedir que se declaren las nulidades de que trata este capítulo".

Ante todo importa patentizar que la sentencia que manda rematar los bienes embargados no es una decisión que haya soltado una controversia y finalizado un juicio: es más bien un proveído que dispone avanzar las diligencias tendientes a obtener el pago de la deuda, pues el ejecutivo, más que un juicio, es un conjunto de actuaciones que se encamina a la recaudación de deudas acreditadas por fallos definitivos o títulos equiparables a éstos. De suerte que el memorado artículo, de rigurosa y estricta aplicación en juicios ordinarios, no puede ni debe cumplirse con igual exactitud en estos procedimientos coercitivos. Tal interpretación no es acomodaticia ni arbitraria, sino que emerge del contexto del artículo 451 del Código Judicial, por cuanto en esta disposición se consagran causales anulatorias, cuya declaración habría que hacerla naturalmente después de la sentencia de pregón y remate. ¿Cómo podría alegarse la nulidad consistente en la no citación para sentencia (numeral 1º del artículo 451 del C. J.), sino después de proferida ésta, ya que sólo en esa oportunidad es cuando se puede anotar la omisión?

Por otra parte, el artículo 457 del mismo Código, inciso 2º, dice que "la nulidad mencionada en el ordinal 2º del artículo 451, una vez aprobado el remate, sólo puede alegarse en juicio distinto". Lo que vale tanto como afirmar que hasta dicha aprobación sí es dado invocar tales causales. No interpretando así ese inciso, no se ve qué objeto tendría la prevención que él contiene.

La nulidad proveniente de la no notificación de los títulos ejecutivos a los herederos, conforme lo prescribe el artículo 1434 del Código Civil, y establecida por el prenombrado artículo 451, puede ocurrir después de la sentencia de pregón y remate. Y no se explicaría el motivo para que en esas circunstancias no fuera permitido alegarla, pues una de las consecuencias del artículo 1434 es la paralización del juicio, cuando el hecho allí contemplado se realice, lo cual puede acontecer después de la prolación de aquella providencia. Tanta razón hay para que la paralización produzca sus efectos antes de dicha providencia, como después, lo que consulta más la lógica jurídica, ya que esta sentencia no pone fin al juicio ejecutivo, el cual termina con el pago al acreedor o cuando se ejecutoría la sentencia que manda cesar la ejecución. (Art. 988 del C. J.).

El espíritu del Código Procesal actual es que las nulidades se resuelvan, hasta donde sea posible, dentro del mismo juicio.

De conformidad con lo discutido, la Sala estima que no es extemporánea la articulación propuesta, que está al estudio de esta Superioridad.

Lo que no acepta la Corte, como lo sugiere el señor apoderado de las articulantes, es que las causales de nulidad puedan ampliarse por interpretación extensiva. Ellas son, tanto en el Código actual de procedimiento, como en el antiguo, sanciones que deben establecerse en la ley, expresa y claramente, porque no hay pena sin ley previa, como sabiamente lo dice el aforismo jurídico.

Es obvio, por otra parte, que las nulidades de los juicios son adjetivas o de forma y producidas por irregularidades que implican "el desconocimiento de la oganización judicial o la violación del derecho de defensa", según palabras de la Comisión revisora del proyecto, que es hoy el Código Judicial.

Entra ya la Sala a discriminar las causales de nulidad alegadas, dejando para el fin el estudio de la segunda, que se refiere al avalúo.

La falta de notificación de los títulos contra el difunto a los herederos impide la iniciación del juicio o lo paraliza, cuando la

muerte del ejecutado sobreviene durante la secuela de dicho juicio.

Al curador ad litem de los herederos de Echeverría se le notificaron los títulos ejecutivos, y no hizo solicitud alguna, por lo cual es más conforme a derecho no anular por esta causal.

La informalidad por deficiencias en el certificado de que trata el artículo 1008 del Código Judicial no produce la nulidad del embargo, sino que da origen a un desembargo, en ciertos casos, hasta de oficio.

La nulidad de la hipoteca es una cuestión de fondo o sustantiva, que no se refiere a los trámites sino a la eficacia del título, lo que es materia de otro medio de defensa.

Respecto a la causal en relación con el avalúo, la Sala considera:

El remate exige formalidades especiales, ora antecedentes, ya concomitantes o subsiguientes. Una de ellas es el avalúo "base del remate", como se expresa en el artículo 1038 del Código Judicial. Cuando el artículo 451 del propio Código estatuye como causales de nulidad la falta de formalidades para hacer el remate de los bienes embargados, comprende allí muchos detalles, tales como el que se haga constar el lugar donde se fijaron los carteles (Art. 1038); que se den los pregones preparatorios (Art. 1044); que el remate se celebre en horas de despacho (Art. 1043), etc....

No es que el artículo 451 antes citado se interprete, extendiéndolo por analogía a casos no previstos en él, sino que se le da al vocablo formalidad en su alcance lógico. El artículo 127 de la Ley 105 de 1890 consideraba como nulidad en los juicios ejecutivos "no fijar los avisos cuando el deudor no los ha renunciado", y no verificar el remate de acuerdo con los artículos 1060 a 1066 del Código Judicial, que esa Ley reformaba. El artículo 214 de la misma Ley 105 exigía como formalidad indispensable, cuya omisión anulaba el remate, el que los bienes no se hubieran depositado en forma legal. Hoy el artículo 451 del actual Código de Procedimiento abarca en su contexto todas las formalidades procedimentales para el remate, sin las cuales el juicio es nulo.

Siendo el avalúo la base del remate, esa formalidad es indispensable para que éste puede verificarse legalmente.

Si se fija la atención en la diligencia de avalúo practicada, se observa que allí no justipreciaron los derechos embargados, sino otros distintos, pues el derecho de propiedad sobre una cosa y el de herencia radicado en ella son jurídicamente diferentes. Cierto es que la personalidad del causante continúa en el heredero, pero ello no implica el que esa diferenciación no pueda establecerse.

Es verdad que el heredero entra en el ejercicio de los derechos del de cujus, pero él no tiene antes de la adjudicación definitiva de los bienes, la amplitud de facultades que el derecho de dominio confería a su antecesor jurídico. La característica del derecho de herencia es el de radicar sobre una universalidad, siendo por tanto inapropiado hablar del derecho de herencia que se tiene sobre una cosa determinada. Es, pues, notoria la diferencia entre avaluar un derecho de herencia y uno de propiedad.

Lo que se declaró embargado fue el derecho de propiedad que las fiadoras tenían en una casa que habían comprado por la escritura número 686 de 27 de julio de 1927 mencionada arriba, y no hay constancia de que ese bien hubiera salido del patrimonio de ellas para formar parte del de su causante; pero si esto fuere así, en la diligencia practicada en este juicio, no se sabe, a ciencia cierta, si se justipreciaron sólo los derechos de las ejecutadas o los doce de que allí se habla. Siendo esto así, es lógico afirmar que falta el avalúo de los bienes embargados y que van a ponerse en almoneda. La omisión de una formalidad tan indispensable para hacer el remate es causa de nulidad, que debe declararse desde que se incurrió en ella, pues la oportunidad del avalúo la indica el Código de Procedimiento.

En cuanto a la responsabilidad por costas en el caso ocurrente, ella debería corresponder por mitad al Juez y al ejecutante; pero dada la circunstancia de concurrir en una misma persona estas dos condiciones, no es fácil deslindar si la inadvertencia estaba en el funcionario en su primera calidad, o en la segunda. Cuando el Juez y la parte son personas realmente distintas no se presenta la dificultad apuntada; pero cuando, como en el evento que se contempla, el funcionario es Juez y ejecutante a la vez, es más justo no hacer tal condenación, si hay duda sobre el deslinde de dicha responsabilidad. Como a la Nación no se le puede condenar en costas, y como ella es la ejecutante por medio del Juez de Ejecuciones Fiscales, la Sala opta por no hacer especial condenación sobre tales costas.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, anula el juicio ejecutivo de la Nación contra el señor Roberto Echeverría, desde la diligencia de avalúo y depósito in-

clusive, que fue practicada el veinticinco de julio de mil novecientos treinta y dos, por haberse omitido una formalidad indispensable para hacer el remate.

Queda así reformada la providencia apelada, en la que no se accedió "a declarar ninguna de las nulidades propuestas en este juicio". No se hace especial condenación en costas.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Pedro A. Gómez Naranjo, Eleuterio Serna R., Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Gómez Hernández, Srio. pdd.

INTERPRETACION DEL ARTICULO 1021 DEL CODIGO JUDICIAL

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, noviembre tres de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente, Dr. Eleuterio Serna R.)

Al practicarse el depósito de los bienes embargados en el presente juicio de la Nación contra Roberto E. Echeverría y otros, se presentó oposición por los señores Pedro C. González y Josefina Rodríguez de Hanabergh. El primero de ellos dijo: ".... que me opongo formalmente al secuestro del inmueble determinado anteriormente, en mi doble carácter de condueño y poseedor actual de este inmueble que no pertenece en propiedad, ni en posesión, a Isabel María González viuda de Salcedo, ni a Antonia González V., ni a Josefa María González V., sino a la sucesión de la señora Josefa María Vengoechea de González, en cuya sucesión estoy declarado heredero...."

La segunda formuló así su oposición: "Que me opongo formalmente al secuestro del inmueble determinado anteriormente, en mi doble carácter de condueña y poseedora actual de este mismo inmueble, que no pertenece en propiedad, ni en posesión a Isabel María González viuda de Salcedo, ni a Antonia González V., ni a Josefa María González V., sino a la sucesión de la señora Josefa María Vengoechea de González, y en cuya sucesión tengo derecho como cesionaria, vinculados a esta misma casa".

El juez comisionado para la diligencia, en cumplimiento del primer inciso del artículo 1021 del Código Judicial, dejó a los opositores en calidad de secuestres. El juzgado comitente, que lo es el de Ejecuciones Fiscales de Bogotá, en auto de 16 de abril último, dijo: "Como al tiempo de efectuarse la diligencia de depósito y avalúo de los bienes embargados en este juicio, hubo oposición al secuestro, el Juzgado vuelve a insistir en el depósito, y, en consecuencia, se abre a prueba la oposición al secuestro por el término de nueve días (Art. 1021 del C. J.)".

En seis de agosto de este año, el Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales, resolvió: "1º—Declarar que los opositores Pedro C. González V. y Josefina Rodríguez de Hanabergh no han demostrado, para sí ni para la sucesión de Josefa María Vengoechea de González, ser legítimos poseedores de las tres quintas partes de la casa a que se contrajo el secuestro de fecha 7 de marzo de 1936, en la ciudad de Barranquilla, y

"2º—En consecuencia, ordena que los bienes sometidos a la traba ejecutiva permanezcan en poder del secuestre nombrado en el juicio, o si no se encuentra o no pudiere aceptar, en la persona que se nombre en su reemplazo".

Concedida la apelación de esta providencia, llegó el negocio a la Corte donde se le dio la tramitación legal hasta ponerlo en estado de decisión.

El señor Procurador Delegado en lo civil, al descorrer el traslado hace la siguiente argumentación para solicitar la confirmación del auto recurrido:

"El señor Juez comisionado, sin haberse informado siquiera del art. 1021 del C. J., creyó que bastaba la sola afirmación de que el bién que se va a secuestrar pertenece a los opositores, para dejarlo en poder de éstos a título de secuestro, cuando muy al contrario tal precepto legal consagra expresamente el derecho del poseedor material, y es sabido que no puede ser poseedor de tal naturaleza aquél que pretenda derivar su carácter de tál de la simple afirmación de que un bién le pertenece. En efecto: tal precepto se refiere al caso de que en el momento de practicarse el secuestro el bién o bienes se "hallen en persona distinta del

ejecutado, que no los tenga a nombre de éste y que diga que le pertenecen", lo que en otros términos equivale a decir que en el opositor deben reunirse los dos elementos esenciales de la posesión, o sea no solamente el elemento intelectual o psicológico denominado animus, que consiste en la voluntad decidida de ser propietario, sino el elemento material llamado corpus, que consiste en la aprehensión material del bién, o en el hecho de tenerlo a disposición, de poder ejercer en cualquier momento actos de propietario. Basta la sola lectura de la diligencia respectiva de secuestro de que se habló, para convencerse de que a los opositores les faltaba este último elemento, puesto que fundaron su oposición en la copia de una demanda de reivindicación establecida por la reclamante señora Rodríguez de Hanabergh, lo cual está demostrando claramente que la posesión del bién correspondía a terceros, o sea, al decir de la opositora señora Rodríguez de Hanabergh, a las señoras Isabel María González v. de Salcedo, Antonia González de Vengoechea, Dolores González v. de Amaya y Esther Rodríguez de Cortissoz, o, en otros términos, a las ejecutadas y a otros condueños.

"La simple bijuela de adjudicación de un bién a la señora Josefa María Vengoechea, y el hecho de que los opositores se digan, o comprueben serlo, coherederos declarados de ésta, no los acredita como poseedores del inmueble embargado.

"El Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales en sentencia dictada el 6 de agosto del año en curso declaró que los opositores Pedro C. González y Josefina Rodríguez de Hanabergh no demostraron que ellos son legítimos poseedores de las tres quintas partes de la casa secuestrada, ni que tampoco lo es la sucesión de la señora Josefa María Vengoechea de González, y en consecuencia ordenó que los bienes sometidos a la traba ejecutiva deben entregarse al secuestre nombrado en el juicio o al que sea nombrado en su reemplazo".

La Sala para resolver considera:

Dicen los dos primeros incisos del artículo 1021 tantas veces citado:

"Si al tiempo de practicarse el secuestro, los bienes se hallan en persona distinta del ejecutado, que no los tenga a nombre de éste, y que diga que le pertenecen, se dejan en poder de quien los tiene embargados y en calidad de secuestro, salvo que el ejecutante desista de perseguirlos. De lo ocurrido se extiende un acta en la cual el juez toma razón de las circunstancias que tiendan a demostrar quién es el verdadero poseedor, pudiendo al efecto examinar documentos e interrogar a las partes y testigos.

"Si en la misma diligencia el ejecutante insiste, la oposición del tercero se abre a prueba y se sustancia de allí en adelante, a manera de una articulación, en la cual sólo se controvierte si el tercero es legítimo poseedor cuya posesión deba respetarse conforme a las leyes."

Por lo transcrito se ve que la disposición da protección al poseedor material, ya que ella habla de bienes que se hallan en persona distinta del ejecutado. No basta que el oposicionista manifieste que tales bienes le pertenecen, pues la pertenencia es concepto distinto al de posesión y equivale a dominio.

El sujeto del dominio puede no coincidir con el de la posesión, lo cual constituye el fundamento de la reivindicación, conforme se deduce de la simple lectura del artículo 946 del Código Civil.

Quiere la ley que al poseedor no se le despoje, y para que demuestre esa situación de hecho le proporciona medios de allegar pruebas.

El artículo 1008 del Código Judicial establece las garantías para el dueño; en él se habla de poseedor inscrito, lo que equivale a decir dueño. Habiendo suprimido el nuevo Código de procedimiento las tercerías excluyentes expresó su intención de que el dominio no se sometiera a largas discusiones en los juicios ejecutivos. Al poseedor inscrito lo protegió disponiendo que el Juez ordenara de oficio el desembargo y su cancelación; al poseedor material lo colocó al amparo de los artículos 1021, 1022 y 1023 del citado Código.

No habiendo demostrado los opositores la posesión material ni por sí ni por la posesión de la señora Josefa María Vengoechea de González, es el caso de confirmar la providencia.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema, confirma el auto de recurrido de fecha seis de agosto del presente año, proferido por el Juzgado de Ejecuciones Fiscales de Bogotá, en el juicio ejecutivo de la Nación contra Roberto E. Echeverría y otros.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Eleuterio Serna R., Aníbal Cardoso Gaitán, Pedro A. Gómez Naranjo, Gustavo Gómez Hernández, Srio. pdad.

RECONSIDERACION DE UN AUTO

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales. Bogotá, noviembre treinta de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Eleuterio Serna R.)

El doctor Gregorio Lara Cortés, como apoderado de los señores Pedro C. González y Josefina Rodríguez de Hanabergh, ha solicitado que se reconsidere el auto de tres del presente mes, por el cual se confirmó el de seis de agosto último proferido por el Juez Nacional de Ejecuciones Fiscales en el juicio ejecutivo de la Nación contra Roberto E. Echeverría y otros.

El peticionario, para fundar su pedimento, argumenta así:

"Veníamos creyendo, por la manera como el Tribunal y los Juzgados de Cundinamarca lo practican, que el artículo 1021, en sus dos primeros incisos, contempla dos casos bien especiales, cuales son: la oposición que puede hacer el que "se diga" que le pertenece el bién que se va a depositar, en el momento de la diligencia. Con este procedimiento quiso el legislador evitar los asaltos a la propiedad que el ieguleyismo solía dar de un momento a otro, y por lo mismo el opositor lo descartó de la obligación de presentar pruebas de posesión material en ese momento, siempre angustioso en término; y diligencias muchas veces desconocidas para los verdaderos dueños. Por este procedimiento quedaron salvaguardados los derechos de terceros ajenos a la litis. El segundo caso lo contempla el segundo inciso, que dispone que, si el ejecutante insiste en perseguir el bien, se surte una articulación en la cual se controvierte la posesión. Es ahí entonces en donde se debe probar la posesión material por hechos o actos de dominio, en primer término, no obstante que la ley no prohibe que se pruebe la posesión inscrita".

La Sala, para resolver, considera:

Es evidente que en la articulación de que se trata se controvierte la posesión material. El artículo 1021 del C. J. circunscribe la discusión a este punto y proporciona al poseedor la oportunidad de comprobar que lo es legítimamente. Ello, en verdad, no quiere decir que se prohiba demostrar a la vez la posesión inscrita, trayendo el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos, si tal cosa no se hubiere efectuado antes en el decurso del juicio. Pero, en todo caso, si lo que se pretende es el levantamiento del secuestro, con el cual se ha privado del elemento material (corpus) al poseedor, las probanzas conducentes para tal fin son las relativas al hecho material de la posesión.

En el incidente no se dio una prueba demostrativa de la posesión material por parte de quienes pretenden hallarse en esa condición.

Si se estudia la diligencia de avalúo y secuestro, tampoco se encuentra allí la prueba que se echa de menos. En efecto: en ella se dijo: "En seguida el señor Pedro C. González V. y la señora Josefina Rodríguez de Hanabergh, como mujer casada con el señor Augusto Hanabergh, presentaron sendos memoriales en los cuales manifiestan que, de conformidad con el art. 1021 del C. J., se oponen a la diligencia de secuestro, ejercitando estado jurídico actual de poseedores y condueños de la casa de que se trata, acompañando como fundamento de su petición copia de una demanda con que la segunda va a establecer un juicio ordinario sobre reivindicación para la sucesión de la señora Josefa María Vengoechea de González; la hijuela número 649 perteneciente a la sucesión del señor José Manuel González, por la cual aparece adjudicada a la señora Josefa María Vengoechea el inmueble de que se trata; y alegan además que en el juicio de sucesión de esta última señora, que cursa en el Juzgado Primero del Circuito, los peticionarios aparecen como herederos declarados. El suscrito Juez, teniendo en cuenta el tenor literal del artículo 1021 del Código Judicial, según el cual basta el requisito de que el opositor "dijo que le pertenecen" y el de que el juez se limite a tomar razón de las circunstancias que tiendan a demostrar las razones de la oposición, resuelve, dentro de sus atribuciones de Juez comisionado, constituír a los opositores ocupantes en secuestres del inmueble que se deja avaluado, imponiéndoles las obligaciones legales respectivas y teniendo en cuenta que los mismos asumen la actual tenencia de la cosa".

Según el nítido contexto del artículo 1021, tantas veces citado, no basta que el opositor diga que un bién le pertenece, para que por esa sola manifestación se le pueda reputar como poseedor. Al contrario, el artículo dice muy claramente: "Si al tiempo de practicarse el secuestro, los bienes se hallan en persona distinta del ejecutado, que

no los tenga a nombre de éste, y que diga que le pertenecen..."; y luégo agrega: "De lo ocurrido se extiende una acta en la cual el Juez toma razón de las circunstancias que tiendan a demostrar quién es el verdadero poseedor, pudiendo al efecto examinar documentos o interrogar a las partes y testigos".

Todas las circunstancias que puedan servir para demostrar cuál es el poseedor debe anotarlas el Juez. Si se examina con detenimiento la diligencia —que se presume auténtica y fiel expresión de lo que sucedió ante los ojos del Juez— se observa que allí no hay circunstancia que tienda a demostrar que los opositores al secuestro tenían en su poder el inmueble que dijeron les pertenecía.

Habiendo insistido el ejecutante, se inició una controversia en la cual "sólo se controvierte si el tercero es legítimo poseedor, cuya posesión debe respetarse conforme a las leyes".

Ciertamente la parte ejecutante no presentó pruebas sobre la posesión del ejecutado, y las que adujeron los opositores al secuestro, como ya se dijo en el auto cuya revisión se impetra, no demuestran posesión material. Siendo así las cosas, es indispensable acudir a la diligencia para ver si hay allí circunstancias anotadas por el Juez, que constituyan actos de dominio suficientes para que se tenga a los recurrentes como legítimos poseedores.

Nada de esto ocurre, pues el Juez apenas manifestó que tomaba nota de las razones de la oposición.

Cuando regía el artículo 189 de la ley 105 de 1890, antecedente muy importante del actual Procedimiento Civil, bastaba hacer el reclamo verbal, sin que se exigiera al Juez en forma obligante, como lo hace el artículo 1021 del Código Judicial vigente, tomar razón detallada de las circunstancias.

Bajo el imperio de la legislación anterior, después de la insistencia y la fianza que debía prestar el ejecutante, el poseedor tenía que hacer valer sus derechos dentro de cierto tiempo.

Conforme al artículo 1021, después de la insistencia se abre el incidente a prueba para que el opositor al depósito demuestre que es legítimo poseedor. Y esta condición no queda demostrada con el solo hecho de que el Juez haya dejado en poder de él la cosa que se va a secuestrar.

Dadas estas explicaciones, puede ver el impetrante que la Sala no está desvirtuando el sabio y justo procedimiento que en favor de terceros poseedores consagra el artículo 1021.

En cuanto a la petición de nulidad, la Sala no puede entrar a decidir, porque su jurisdicción está circunscrita al auto recurrido, de fecha seis de agosto de este año.

En fuerza de lo discutido, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema, resuelve:

1º—No se repone el auto de tres del presente mes.

2º—No es el caso de decidir sobre la petición de nulidad.

Cópiese y notifíquese.

Eleuterio Serna R., Pedro A. Gómez Naranjo, Aníbal Cardoso Gaitán. Gustavo Gómez Hernández, Srio. en ppd.

SE DECLARA IMPROCEDENTE UN RECURSO DE HECHO

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, octubre diez y siete de mil novecientos treinta y seis.

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

Los señores Federico Soto, Rudesindo Castillo, Manuel Salvador Reyna, Salustiano Bedoya, Jesús María Daraviña, Ventura Cedeño, Jesús Rengifo, Pedro Antonio Salguero, Jacinto Bedoya, Carlos Bustos, Cristóbal Ceballos, Jesús María Bustos, Tranquiliano Serrano, Manuel José Palacios, Ciro Palacios, Belisario Palacios, Luis Rengifo y Pedro Pablo Holguín, se dirigieron al Tribunal Superior de Buga en solicitud de que se ordene la consulta de la sentencia dictada en un juicio de deslinde y amojamiento de la hacienda de Calima, archivado desde el año de 1923. Se fundan en que la Sala de Casación de la Corte en sentencia de 24 de mayo de 1935, declaró que la sentencia de 7 de abril de 1923 no está ejecutoriada porque no ha sido consultada. El Tribunal negó lo pedido, en auto de 10 de agosto pasado. Apelado el auto, el recurso fue negado y entonces los interesados ocurrieron de hecho, enviando a la Corte las copias solicitadas dentro del término legal.

Para resolver se considera:

Para admitir un recurso de hecho se requiere que la apelación sea procedente, conforme a la ley, y haya sido interpuesta en tiempo, y que en tiempo también se haya pedido la reposición e introducido el de hecho, según lo establece el artículo 516 del C. J.

El auto dictado por el Tribunal con fecha 10 de agosto de 1936, dice lo siguiente:

"El Tribunal ignora totalmente con qué carácter pretenden intervenir en el juicio de deslinde de "Calima", los signatarios del anterior memorial.... Se dijo ya que no fueron parte en el aludido juicio, y no se presentaron como opositores, o si se presentaron no se admitió la oposición. Entonces, cómo pretenden se haga ahora la declaración de que sí pueden intervenir en el juicio? A qué título? Dicen que como colonos y poseedores de cultivos en las mencionadas tierras de "Calima". Mas ese hecho no le consta al Tribunal porque, como se ha dicho y repetido, ellos no fueron parte en el juicio de deslinde.... Y no reconociéndoles intervención en el juicio, mal pueden hacerse presentes para ninguna petición... Por consiguiente, no se accede a lo pedido en el precedente memorial, y, en consecuencia, se abstiene el Tribunal de ordenar la consulta solicitada por segunda vez. Notifíquese".

Esta providencia no puso fin a ningún incidente del juicio, debidamente iniciado. Recayó sobre una simple solicitud después de archivado el juicio, la cual consideró improcedente el Tribunal. Los interesados alegan el artículo 283 del C. J. para hacer su petición; pero la articulación correspondiente no se inició en debida forma, ni se acompañó la prueba del interés ni ninguna otra pertinente. No son por tanto, los solicitantes partes en el juicio, y no podían en consecuencia interponer el recurso de apelación ni ocurrir de hecho, de acuerdo con el artículo 513 del C. J.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, declara improcedente el recurso de hecho propuesto por los señores Pedro Antonio Salguero, Salustiano Bedoya y otros, contra el auto de fecha diez de agosto, pasado, dictado por el Tribunal Superior de Buga.

Póngase en conocimiento del Tribunal para los efectos legales.

Como aparece de autos que hay una sentencia de la cual surgen obligaciones contra la Nación que no ha sido consultada, dése aviso al Fiscal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga para que promueva lo que sea conducente al cumplimiento de la ley.

Cópies, notifíquese y archívese.

Eleuterio Serna R., Aníbal Cardoso Gaitán, Pedro A. Gómez Naranjo. Gustavo Gómez Hernández, Srio. en ppd.

PENSION

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, octubre diez y siete de mil novecientos treinta y seis.

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

Con fecha veinticinco de junio de este año, la Corte negó la pensión solicitada por la señorita Teresa Zapata C., vecina de Buga, porque sólo comprobó servicios en la instrucción primaria oficial por espacio de 16 años, 6 meses y 15 días, y porque en el expediente respectivo faltaba la prueba de que no ha recibido pensión ni recompensa del erario público y de que carece de renta superior a cincuenta pesos.

El doctor Hernando Nannetti C., como apoderado de la señorita Teresa Zapata C., solicita nuevamente se le conceda a su poderdante la pensión de jubilación por sus servicios en la instrucción primaria oficial y acompaña varios documentos para acreditar los requisitos exigidos por la ley. Para resolver la petición se considera lo siguiente:

El señor Director de Educación Pública del Departamento del Valle certifica que la señorita Teresa Zapata ha prestado sus servicios como maestra en diversos lugares del Departamento citado, con honradez y consagración, por más de veinte años. El sueldo devengado en los dos últimos años de servicios fue el de $ 35 mensuales.

El Jefe de la sección respectiva del Ministerio de Hacienda y Crédito Público certifica que la peticinaria no es ni ha sido pensionada ni ha recibido recompensa del erario público.

El Administrador de Hacienda Nacional del Valle certifica que la demandante no figura como contribuyente al impuesto sobre la renta ni a la cuota militar, pues no se le conocen bienes de ninguna clase.

Los testigos Faustino Pasmín, Julio Cupertino Jiménez y Emiliano Arce, en declaraciones rendidas ante el señor Juez Primero del Circuito de Buga, con intervención del señor Agente del Ministerio Público, declaran sobre la pobreza y buena conducta de la solicitante.

La señorita Teresa Zapata C. tiene más de cincuenta años de edad, pues nació en el año de 1878, según consta de la partida de bautismo, copia de la cual figura en autos, expedida por el señor Cura Párroco de Buga.

Por lo anterior se ve que la peticionaria ha llenado las formalidades exigidas por la Ley 114 de 1913 para tener derecho a la pensión de jubilación que solicita, cuya cuantía debe ser la de $ 17-50, o sea la mitad del sueldo devengado durante los dos últimos años de servicios.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, decreta a favor de la señorita Teresa Zapata C., vecina de Buga, una pensión vitalicia de jubilación de diez y siete pesos con cincuenta centavos ($ 17.50) mensuales, que le será pagada del Tesoro Nacional desde el día en que haga dejación del cargo que en la actualidad desempeña.

Esta pensión queda sujeta a las condiciones de suspensión y pérdida establecidas por las leyes.

Téngase al doctor Hernando Nannetti C. como apoderado de la señorita Teresa Zapata C. en estas diligencias, en los términos del poder que figura en autos.

Copia de esta sentencia será enviada a los señores Ministros de Hacienda y Crédito Público y de Educación Nacional y al señor Contralor General de la República.

Cópiese, notifíquese, publíquese y oportunamente archívese el expediente.

Eleuterio Serna R., Aníbal Cardoso Gaitán, Pedro A. Gómez Naranjo, Gustavo Gómez Hernández, Srio. en ppd.

SALA CIVIL DE UNICA INSTANCIA

DEMANDA DE NULIDAD DE UNAS RESOLUCIONES EJECUTIVAS

La Sala de Negocios Generales de la Corte tiene jurisdicción para conocer de la nulidad de las resoluciones de los Ministerios cuando emanan de contratos que celebra la Nación. Las acciones civiles ante el Poder Judicial, por las resoluciones de los Ministros, deben intentarse dentro del plazo de seis meses comunes contados desde la ejecutoria de la respectiva decisión. Los contratistas de correos deben hacer viajes redondos, es decir, de ida y regreso, de tal manera que iniciado el viaje conforme al contrato, adquieren la obligación contractual y reglamentaria de realizar el recorrido íntegro hasta la estafeta de destino para regresar luégo a la oficina de origen a entregar cumplido el respectivo pasaporte.

Corte Suprema de Justicia.—Sala civil de única instancia.—Bogotá, octubre veintisiete de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro A. Gómez Naranjo)

El doctor Manuel José Jiménez, en demanda presentada el 22 de octubre del año pasado, pidió a la Corte que se declaren nulas y sin ningún valor las Resoluciones números 123 y 1500, de 15 de enero y 23 de julio de 1935, dictadas por el Ministerio de Correos y Telégrafos, y consecuencialmente, que se le declare exonerado y libre de las responsabilidades civiles que en dichas resoluciones se dedujeron contra él. Los hechos en que se funda la demanda, son los siguientes:

"1º En el mes de marzo de 1934, con fecha 12 de ese mes, celebré un contrato con el Ministerio de Correos y Telégrafos sobre conducción de los correos nacionales en la vía de Oriente, contrato ese que una vez perfeccionado se publicó en el Diario Oficial número 22,600, de 4 de junio del mismo año. El periódico dicho, debidamente autenticado, lo acompaño a esta demanda para que sirva de prueba en este juicio.

"2º El contrato, de conformidad con lo establecido en su cláusula 14, se inició el 1º de abril de 1934, y debía durar por seis meses, es decir, hasta el último de septiembre de ese mismo año.

"3º En desarrollo y cumplimiento del contrato inicié los trabajos que me correspondían en relación con las obligaciones que en él contraje y lo cumplí estricta y rigurosamente hasta el día en que terminó su vigencia, o sea hasta el último de septiembre.

"4º Con posterioridad a la expiración del término de mi contrato, es decir, después del 30 de septiembre de 1934, se remitieron de Orocué hacia Bogotá por el correo de Oriente algunos valores declarados y encomiendas, varios de los cuales no llegaron a su destino. La Resolución 123, una de las acusadas, enuncia así lo perdido: ".....Según planilla Nº 20, extendida en Puerto Carreño el día 30 de octubre de 1934 le fueron entregados al conductor Luis E. Ruiz los siguientes valores declarados: el Nº 206, anunciado por la cantidad de $ 70, consignado por Guillermo Adolph para Joaquín Baquero y con destino a Villavicencio; y el Nº 207, por la suma de $ 5, consignado por la Comisaría Especial de aquella región para Samper Matiz, de Bogotá. Asimismo el día 17 de octubre del año citado, en la oficina de correos de Orocué, le fue entregada al señor Camilo Torres C., agente del contratista en aquella época del correo de Oriente, señor Manuel José Jiménez, y de quien también dependía el conductor Luis E. Ruiz, la encomienda Nº 202, remitida por el administrador de correos de Tunja, por la suma de $ 604.17...."

"5º Con fecha 15 de enero del corriente año el Ministerio de Correos y Telégrafos dictó la Resolución Nº 123, por medio de la cual me dedujo las responsabilidades civiles de que ella habla y me impuso las sanciones a que se refiere, por la pérdida de los valores y encomiendas que se enuncian en el punto presente. La resolución dicha la acompaño en copia para que obre en autos y se tenga como prueba.

"6º Oportunamente pedí la reconsideración y revocatoria de esa providencia por cosiderarla ilegal en todas sus partes, y por medio de la Resolución Nº 1500, de 23 de julio último, se confirmó la anterior en lo que se refiere a las declaraciones principales, y se revocó tan sólo en lo relativo a la multa que se me había impuesto. Acom-

paño dicha resolución, en copia, para que se tenga como prueba".

La demanda fue admitida por auto de 4 de noviembre del año pasado y el juicio se siguió por los trámites ordinarios, sin que se observen causales de nulidad. Ha llegado el momento de ponerle fin con el fallo definitivo y a ello se procede. Durante el correspondiente término de prueba, las partes no solicitaron la práctica de ninguna diligencia. Ni el demandante ni su apoderado, doctor Clodomiro Forero Vargas, presentaron alegato alguno. El señor Procurador descorrió el traslado del juicio con la solicitud de que la Corte se abstenga de hacer las declaraciones pedidas en la demanda. Como la parte actora no suministró el papel necesario para la actuación, se dio cumplimiento al artículo 351 del C. J.

Es necesario definir como cuestión previa en este negocio la competencia de esta Sala para conocer de él.

El artículo 18, numeral i) de la ley 130 de 1913, le da jurisdicción al Consejo de Estado para conocer privativamente en una sola instancia "de los recursos contencioso-administrativos contra las resoluciones de los Ministerios, que pongan fin a una actuación administrativa, con excepción de los que se originen en contratos celebrados en nombre del Estado, pues las acciones contra estas últimas providencias sólo pueden ejercitarse ante la justicia ordinaria".

El artículo 40 del C. J. dice que "la Sala Civil de única instancia conoce privativamente y en una sola instancia, de todas las controversias provenientes de contratos celebrados o que celebre la Nación con cualquier entidad o persona, aunque la Nación haya transferido, en todo o en parte, sus derechos".

De manera que conforme a las disposiciones anteriores esta Sala tiene jurisdicción para conocer de la nulidad de las resoluciones de los Ministerios cuando emanan de contratos celebrados o que celebre la Nación.

En el presente caso se trata de la nulidad de dos resoluciones dictadas por el Ministerio de Correos y Telégrafos, relacionadas con el cumplimiento de un contrato de conducción de correos, y por tanto, es indudable la jurisdicción de la Sala para conocer.

Sobre la oportunidad de la presentación de la demanda, se tiene:

El artículo 81 de la ley 130 de 1913, señala el término de noventa días para ocurrir ante el Consejo de Estado, en los casos en que se concede este recurso respecto de los actos del Gobierno, término que se cuenta desde el día siguiente a la publicación que debe hacerse en el Diario Oficial de la resolución respectiva. Establece el artículo 4º de la ley 77 de 1931, que se entienden publicadas las resoluciones del Gobierno por la inserción de su parte dispositiva por una sola vez en el Diario Oficial. Pero cuando se trata del ejercicio de acciones civiles ante el Poder Judicial, por las resoluciones de los Ministros, el término es distinto. El artículo 3º de la ley 53 de 1909 dice que esas acciones deben intentarse dentro del plazo de seis meses comunes, contados desde la ejecutoria de la respectiva decisión. Vencido este plazo sin que tales acciones se hayan intentado, la Nación quedará libre de responsabilidad por perjuicios. El término para la reclamación será doble respecto de las personas enumeradas en el artículo 2530 del Código Civil, o sean, los menores, los dementes, los sordomudos y todos los que estén bajo potestad paterna o marital, o bajo tutela o curaduría.

Antes de que quedara ejecutoriada la resolución de 15 de enero de 1935, el interesado pidió reconsideración de ella, la que fue negada por resolución de 23 de julio. Por consiguiente, la primera no quedó ejecutoriada sino desde la notificación de la segunda, conforme al artículo 4º de la ley 77 de 1931. La demanda fue presentada el 22 de octubre de 1935, es decir, dentro del plazo señalado por el artículo 3º de la ley 53 de 1909.

La resolución número 123 del Ministerio de Correos y Telégrafos, de fecha 15 de enero de 1935, declaró responsable civilmente al doctor Manuel José Jiménez, excontratista para la conducción de los correos nacionales en la línea de Oriente, de la pérdida de las siguientes piezas postales: de los valores declarados números 206 y 207, por las sumas de $ 70 y $ 5, respectivamente, consignado el primero por el señor Guillermo Adolph en Puerto Carreño para Joaquín Baquero, de Villavicencio, y el segundo por el Comisario especial para Samper Matiz, de Bogotá, el día 3 de octubre de 1934; y de la encomienda número 202, anunciada por $ 604.17, remitida el día 17 de octubre de 1934 por el administrador de correos en Orocué para el administrador principal de correos en Tunja. Se le impuso además una multa de $ 50.

Fueron fundamentos de esta providencia, los siguientes: la entrega hecha en Puerto

Carreño el 3 de octubre de 1934 al conductor Luis E. Ruiz de los valores declarados números 206 y 207, por $ 70 y $ 5, respectivamente; la entrega hecha en Orocué el 17 de octubre de 1934 al señor Camilo Torres C., agente del contratista Jiménez, de la encomienda número 202, por $ 604.17; la no entrega en Villavicencio, por parte de los conductores dependientes del contratista Jiménez, de las piezas postales a ellos confiadas; y la consideración de que aunque el contrato celebrado con Jiménez terminaba el 30 de septiembre de 1934, el viaje que se realizaba con el envío de los valores y encomiendas determinados, estaba dentro del itinerario que el contratista debía completar, puesto que los viajes eran redondos, teniendo como punto de partida la ciudad de Bogotá.

El interesado pidió revocatoria de la providencia y el Ministerio la negó en lo referente a la responsabilidad por la pérdida de las piezas postales referidas, pero revocó la multa de $ 50 impuesta al contratista doctor Jiménez. Esta última resolución fue dictada el 23 de julio de 1935 bajo el número 1500.

En el expediente figura la copia del acta de novedades levantada en Villavicencio el 29 de octubre de 1934, en la cual consta la falta de las piezas postales mencionadas al hacer la entrega del correo de la línea de Arauca e intermedias por los conductores correspondientes.

La cuestión fundamental de la demanda se reduce a determinar hasta cuándo era o fue responsable para con la Nación el doctor Jiménez por causa de las obligaciones que contrajo por medio del contrato celebrado el 12 de marzo de 1934 con el Ministerio de Correos y Telégrafos. El demandante sostiene que conforme a las cláusulas del contrato éste venció el 30 de septiembre de 1934 y que por tanto, no es responsable en forma alguna por los valores perdidos después de esa fecha.

El señor Procurador sostiene la legalidad de las resoluciones acusadas y dice que se nieguen las declaraciones pedidas en la demanda. En la contestación a la demanda incluye un memorándum del Ministerio de Correos y Telégrafos que contiene los puntos de vista de aquella oficina y del cual son los siguientes apartes:

"Es y ha sido práctica constante no modificada en el servicio de correos, que todos los viajes deben rendirse redondos, de ida y de regreso y con arreglo a esta práctica se estudian y visan las cuentas de los contratistas de correos. Cuando un contratista no presta sino el viaje de ida y no el de regreso, es el caso de deducirle el valor del medio viaje no prestado por él; en los archivos del departamento de correos existen infinidad de documentos que pueden atestiguar esta práctica que demuestra cómo el Ministerio ha aplicado en forma invariable la misma doctrina que hoy sostiene en el caso del demandante Jiménez.

"Pero además de que el contratista señor Jiménez se obligó expresamente (como antes se dijo), a prestar viajes redondos, la cláusula p) del contrato afirma nuevamente esa obligación en los términos siguientes: el Contratista se obliga a someterse a todas las disposiciones que estén en vigencia o que en adelante se dicten sobre el servicio de correos, inclusive itinerarios, los cuales se considerarán incorporados en este contrato. Y existen infinidad de disposiciones del Ministerio en donde se establece de manera inequívoca que los contratistas deben prestar viajes redondos, es decir, de ida y de regreso; que quien inició el viaje dentro de su contrato adquiere la obligación contractual y reglamentaria de realizar el recorrido íntegro hasta la estafeta de destino para luégo regresar a la oficina de origen a entregar cumplido el respectivo pasaporte. Y ésta no es una teoría de "última hora" como lo dice el demandante, pues ni a él ni a contratista alguno le ha tocado recibir correos en viaje, sino en las oficinas de origen en donde se inician los recorridos, toda vez que al contratista inmediatamente anterior toca rendir su viaje completo.

"Y esta práctica postal no es arbitraria y sin objeto, sino que tiene importancia trascendental para fijar la responsabilidad de mensajeros y contratistas de correos en el transporte de los valores y demás efectos postales que se les confiaron. Por medio de la obligación ineludible de rendir el viaje redondo, se asegura la continuidad de la responsabilidad, desde el momento en que el conductor firma los recibos correspondientes hasta que regresa al lugar de partida con los 'cumplidos' respectivos, o sea con las constancias de que todos los efectos postales se entregaron a satisfacción en las oficinas destinatarias.

"Esto explica cómo es posible que la responsabilidad de un contratista pueda ir más allá de la fecha señalada para el vencimiento de un contrato, puesto que los viajes iniciados dentro del mismo, pueden tener una larga duración que obligue a los conductores a trabajar después de la fecha en que aparentemente terminaron las obligaciones del contratista. Es decir, que en donde los contratos dicen que los contratistas se obli-

gan a prestar tantos viajes semanales o bisemanales, por ejemplo, debe entenderse que de conformidad con la reglamentación postal en vigencia, el contrato quiere significar que el contratista se obliga a iniciar ese número de viajes en cada mes y de acuerdo con los itinerarios respectivos.

"Otra interpretación llevaría el caos al ramo de correos, puesto que en el curso de los viajes podrían variar los contratistas y mensajeros en forma que sería imposible localizar las responsabilidades en el manejo de los correos. Si hubiera de aceptarse las teorías del demandante Jiménez, de que el último día del contrato cesa todo vínculo contractual entre las partes y que los contratistas no tienen ya responsabilidad alguna en el manejo de encomiendas y valores, llegaríamos al absurdo de que en la fecha señalada como terminación del contrato, los mensajeros de correos podrían abandonar los correos en el tránsito en cualquier lugar en donde los sorprendiera esa fecha fatal, sin responsabilidad alguna para el contratista de quien dependían.

"Y no obstante, para sostener la interpretación que el Ministerio da a los términos del contrato, el hecho de que la remuneración se estipuló por meses y no por viajes, puesto que el compromiso del Ministerio se refería al pago de una suma 'por tantos viajes en el mes'. Y es claro que si el contratista no presta todos los viajes estipulados el Ministerio debía deducir el valor correspondiente al viaje o viajes dejados de prestar. Para tal deducción el Ministerio estaba autorizado por el numeral 9º del contrato, que a la letra dice: 'Cuando el contratista deje de prestar uno o varios de los servicios contratados, o los preste en forma distinta de la estipulada, se deducirá el valor correspondiente a la cuota proporcional del mismo, que determine el Gobierno, de la cuenta respectiva, siendo entendido que tal descuento puede referirse al mismo mes por el cual se presenta la cuenta, o a meses anteriores, cuando por cualquier motivo hubiere dejado de hacerse la respectiva deducción y sin perjuicio de la multa correspondiente, cuando así lo estimare necesario el Gobierno, de acuerdo con lo estipulado en las cláusulas anteriores'. Los viajes no podían quedar truncos porque en tal caso el Ministerio estaría en la obligación de deducir la cuota proporcional al viaje o fracción de viaje dejado de prestar. Sobre este punto también impera una práctica constante en el Ministerio y existen documentos innumerables que son prueba irrefutable de las afirmaciones que el Ministerio hace en la providencia recurrida".

Expuestos los antecedentes de la cuestión, se pasa a resolver el asunto, previas las siguientes consideraciones:

La cláusula 14 del contrato dice que la duración de éste será por el término de seis meses, a contar del día 1º de abril de 1934. De manera que conforme a esta estipulación el contrato debía terminar el último día de septiembre del año mencionado. Pero la letra b) del artículo 1º del contrato dice así, refiriéndose a las obligaciones del contratista: "A prestar los viajes redondos aquí determinados, siendo de su cargo el suministro y organización de las escoltas necesarias para la custodia de todos los correos a su cargo".

Para el estudio de este negocio, es preciso determinar lo que se entiende por viaje redondo. Sobre este particular, la Sala acoge la opinión del señor Procurador, contenida en los siguientes conceptos:

"En la práctica postal universal, en los contratos de correos existentes y en los decretos y reglamentos respectivos, se encuentran infinidad de disposiciones que fijan claramente el alcance de esa expresión postal técnica: viaje redondo es un viaje de ida y de regreso que debe prestarse en tal forma que el conductor o mensajero que recibe un correo en determinada oficina realice el recorrido hasta la estafeta destinataria para regresar al lugar de partida con el mismo pasaporte inicial. Ejemplo: un viaje redondo de la línea Bogotá-Chipaque-Cáqueza-Villavicencio, significa que el mensajero de correos debe salir de Bogotá hacia Villavicencio y regresar a Bogotá, tocando en las mismas estafetas en donde tocó en el viaje de ida".

El artículo 201 del Decreto 671 de 20 de abril de 1927, sobre correspondencia postal ordinaria, dice que los pasaportes sirven como comprobante de la ejecución exacta del servicio de conducción de correos por los contratistas, y agrega: "Concluído el viaje redondo, los pasaportes deben devolverse por los conductores al jefe de la oficina postal que los haya expedido, para que éste verifique cuidadosamente si todo se ha cumplido satisfactoriamente".

La circular Nº 100 de junio de 1935, dice:

"1º La numeración de los despachos es sucesiva y se debe tener una numeración separada para cada línea. El número del envío o pasaporte lo da consiguientemente

la oficina de donde se desprende la línea, y a todas las demás de la línea correspondiente al mismo número; al regreso se hace lo mismo, pues las estafetas no hacen despachos en dirección a donde se desprende la línea mientras el conductor no verifica su viaje de regreso, ya que los servicios deben prestarse en viajes redondos, es decir, de ida y regreso, tocando en todos los lugares de cada línea".

La obligación del contratista nació dentro del término del contrato, pues el viaje redondo empezó en Bogotá el 25 de septiembre de 1934. Es obvio que el plazo debe entenderse por el tiempo necesario para el cumplimiento de las obligaciones emanadas del contrato, sin que pueda aceptarse la tesis de que éste terminó el día preciso en que se cumplieron los seis meses de que habla la cláusula 14, porque ya se ha visto que hay otra estipulación que establece que los viajes serán redondos, es decir, de ida y regreso. El artículo 1622 del C. C. dice que "las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándoselo a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad". Tampoco debe perderse de vista lo que establece el art. 1603 de la obra citada: "Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente, obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella".

Conforme a la opinión de los expositores de la materia, a los contratos administrativos, aparte de otras notas peculiares que los diferencian de los civiles, los caracteriza y distingue su objeto y finalidad en cuanto afectan o hacen relación al interés público y el carácter con que la Administración interviene en ellos, actuando no como persona jurídica sujeto de derechos y obligaciones, sino como poder del Estado.

El contrato de conducción de correos es administrativo, pues se trata de un servicio público. En la interpretación de sus cláusulas no debe perderse de vista el interés de la colectividad social, ya que a ella afecta directamente el buen o mal servicio. Sobre la interpretación de los contratos administrativos dice lo siguiente don Recaredo Fernández de Velasco en su importante obra sobre la materia:

"En todo contrato administrativo se descubre como voluntad de las partes, puesto que si no hay voluntad no hay contrato, cuantos actos sean necesarios, en el momento oportuno y en la forma adecuada, para atender al funcionamiento del servicio público. Lo que éste exija, eso fue lo que las partes quisieron, en tanto no implique contradicción para lo contratado. De esta manera, y por razones de principio, la voluntad efectiva, la declaración expresa o tácitamente, se han de entender reconducidas a la idea del servicio público. Como éste no puede plegarse a la voluntad de las partes, se impone la consecuencia de que las partes se hayan de plegar a las exigencias del servicio".

Estas opiniones tienen gran importancia y contribuyen a fijar con nitidez la apreciación del problema que se estudia. El doctor Jiménez estaba obligado por una de las cláusulas del contrato a realizar viajes redondos de correos; empezado un viaje, no podría interpretarse que el contrato terminó sin haberse realizado aquél, no obstante la estipulación que señaló una fecha para la terminación. Se trataba de un servicio público, respecto del cual el Estado ha adquirido obligaciones con los ciudadanos que a él se confían para el transporte de su correspondencia y valores: el contratista no podía por la naturaleza misma del servicio contratado sustraerse a la obligación de cumplir el itinerario una vez empezado el viaje.

El demandante cita los siguientes artículos del Código Civil para apoyar su derecho: 1540, 1541, 1551, 1555, 1139, 1602, 1618 y 1624. También cita los artículos 59, 60 y 61 de la ley 4ª de 1913. Todas estas disposiciones se refieren al plazo, a la manera como deben interpretarse las estipulaciones sobre él y a los casos de duda. Pero en la exposición anterior está consignada la manera como aprecia la Sala la cuestión sometida a su decisión y no hay, por tanto, necesidad de entrar a analizar las disposiciones citadas por el actor.

Con arreglo a las cláusulas del contrato el doctor Jiménez estaba obligado a responder por toda falta de valores de los correos de correspondencia y encomiendas. Comprobada la falta de las piezas postales recibidas por sus agentes o conductores, el Gobierno tenía la facultad legal de declarar la responsabilidad consiguiente a cargo del contratista. Las providencias en que se cumplió este requisito no son —por tanto— ilegales, y no hay motivo para declarar su nulidad como lo pretende el actor.

Para este fallo se tuvieron en cuenta las pruebas acompañadas a la demanda, como son las copias del contrato y de las resoluciones acusadas, el acta de novedades sobre la pérdida de los valores y algunas notas del Ministerio. El demandante ofreció comprobar algunos hechos durante el término correspondiente, pero en la oportunidad debida no solicitó la práctica de ninguna diligencia.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil de Unica Instancia, de acuerdo con el señor Procurador y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, niega las declaraciones pedidas en la demanda y en consecuencia, absuelve a la Nación de los cargos que se le han formulado.

Sin costas.

Cúmplase el art. 351 del C. J.

Cópiese, notifíquese, publíquese y archívese.

Pedro A. Gómez Naranjo, Aníbal Cardoso Gaitán, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Eleuterio Serna R. Gustavo Gómez Hernández, Srio. en ppd.

CADUCIDAD DE LA INSTANCIA

Corte Suprema de Justicia. — Sala Civil de única instancia.—Bogotá, noviembre veinticinco de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente, Dr. Eleuterio Serna R.)

Por demanda que fue repartida el dos de febrero de mil novecientos veinticinco, el señor Julio Berrío París solicitó que la Corte condenara a la Nación al pago de una suma de dinero por haberlo desahuciado en un contrato de arrendamiento de servicios que había celebrado con el Poder Ejecutivo Nacional.

Contestada la demanda por el señor Procurador General de la Nación, el negocio permaneció en suspenso por algunos años. El señor Procurador Delegado en lo Civil, solicita por escrito de once del presente mes, que se decrete la caducidad de la instancia y se ordene el archivo del expediente, dándosele así aplicación al artículo 364 del Código Judicial.

Aparece del informe del Secretario, que después de la última notificación han transcurrido varios años sin gestión alguna por parte del demandante, y que, después de la vigencia del actual Código Judicial, ha transcurrido más de un año sin que durante ese tiempo el actor se hubiera puesto al amparo de la sanción mediante algún escrito, ya que, según el inciso 2º del mencionado artículo 364, "se entiende que ha habido abandono cuando el demandante no ha hecho gestión alguna por escrito en el juicio durante un año, que se cuenta desde la notificación del último auto, o desde el día de la práctica de la última diligencia".

Por lo general, al demandante sólo le incumbe presentar por escrito su demanda. De allí en adelante toca al Juez impulsar el juicio, pero a aquél no le es dado mirar con indiferencia los pasos de la litis. El debe estar alerta para que no transcurra en silencio el pleito durante un año, pues si nada hace, se supone que ya no tiene interés en litigar; y el poder público, en guarda de la tranquilidad social que los pleitos siempre perturban, debe acudir a poner fin a esos litigios abandonados. Así como hay sanción por morosidad para los juzgadores, debe haberla para el litigante.

¿Qué clase de escrito es el que exige al demandante el inciso 2º del artículo 364 para librarse de la sanción de caducidad?

La comisión revisora que preparó el actual Código Judicial, expresa en su exposición de motivos que la caducidad de la instancia fue reglamentada teniendo como base el artículo 54 de la Ley 105 de 1890. Expresaba este artículo que se entendía haber habido abandono cuando la parte actora no hubiera hecho, durante un año, gestión alguna por escrito, propia para la continuación del juicio.

Durante su vigencia, dicho artículo 54 fue interpretado de varios modos: unos creían que la gestión por escrito debía hacerse, aunque la ley no lo exigiera; otros opinaban que la gestión debería ser propia para la continuación del juicio, aunque no necesaria; y una tercera opinión requería que el juicio necesitaba una gestión por escrito para su

continuación, pero que la sanción de abandono no podía aplicarse cuando la demora provenía de otra causa, como cuando era imputable al Juez. Tribunales hubo que dijeran que para la caducidad no era necesario que el abandono fuera imputable al actor. La Sala de Negocios Generales de la Corte, en fallo de 20 de noviembre de 1922, interpretó dicho artículo así:

"El apelante negó que no era necesario que el demandante presentara escrito ninguno en el tiempo en que estuvo el juicio en suspenso; que una vez ejecutoriado el auto por el cual se citó para sentencia no existe el motivo invocado para declarar caducada la instancia; y que la ley expresa que la caducidad ocurre cuando el actor hubiere abandonado el juicio, no cuando lo abandonare.

"Respecto al primero y al último argumento, la Sala no los halla fundados, porque la gestión por escrito a que se refiere, no es gestión necesaria para la continuación del juicio, sino propia para ella, lo cual es diferente de lo primero...."

En efecto: necesario es lo que hace falta para un fin; propio significa lo que es conveniente o a propósito para un fin.

El actual Código Judicial suprimió la frase propia para la continuación del juicio, lo que hace pensar que esta ley, al suprimir la palabra que había originado tantas discusiones, quiso imponer al actor la obligación de hacer en el juicio alguna gestión por escrito, aunque no fuera precisa para impulsarlo. Por eso estatuye el inciso 2º del artículo 364 —ya copiado—que hay abandono cuando el demandante no ha hecho gestión alguna por escrito durante un año.

Sabido es que la comisión revisora del proyecto de ley que es el actual Código Judicial se inspiró para muchas de sus disposiciones en el Código de Procedimiento civil español. En éste se establece que la parte actora está obligada a instar, es decir, a urgir la pronta continuación del juicio.

Dentro de este orden de ideas, y dada la diversidad de doctrinas jurisprudenciales sobre el artículo 54 de la Ley 105 de 1890, antecedentes que tuvo en cuenta la susodicha comisión revisora, es muy lógico afirmar que el nuevo Código Judicial impuso al actor la obligación de instar el juicio, sin distinguir entre la petición por escrito necesaria y la meramente conveniente. Por esto, al entrar en vigor dicho Código, la parte actora debió hacer alguna gestión por escrito para ponerse a cubierto de la sanción de la caducidad de la instancia.

Habiendo sido abandonado el negocio por más de un año, según el informe del Secretario, y habiéndose pedido por la parte demandada la declaratoria de caducidad de la instancia, es el caso de decretarla, como lo dispone el inciso 1º del mencionado artículo 364.

En consecuencia, la Sala Civil de Unica Instancia de la Corte Suprema de Justicia, decreta la caducidad de la instancia en el juicio iniciado por el señor Julio Berrío París contra la Nación, y ordena que oportunamente sea archivado el negocio.

Se condena en costas al actor. Tásense.

Notifíquese y cópiese.

Pedro A. Gómez Naranjo, Aníbal Cardoso Gaitán, Antonio Rocha, Eleuterio Serna R., Eduardo Zuleta Angel. Gustavo Gómez Hernández, Srio. en ppd.

INDICE

Págs.

EDITORIAL.—Jerarquía de las leyes.—Julien Bonnecase 195

COLABORACION JURÍDICA —. Sociedades. Miguel Moreno Jaramillo 199

CORTE PLENA

ACTA de la sesión ordinaria del día 2 de julio de 1936.—Elección de los suplentes de los magistrados de los Tribunales Superiores de los Distritos Judiciales de Manizales, Pereira, Bogotá, Bucaramanga y San Gil..... 202

ACTA de la sesión ordinaria del día 23 de julio de 1936.- Elección de los suplentes de los magistrados de los Tribunales Superiores de los Distritos Judiciales de Cali, Buga, Santa Marta y Medellín 204

ACTA de la sesión ordinaria del día 30 de julio de 1936.—Elección de los suplentes de los magistrados de los Tribunales Superiores de los Distritos Judiciales de Ibagué, Neiva y Tunja 205

ACTA de la sesión ordinaria del día 20 de agosto de 1936.—Elección de los suplentes de los magistrados del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán 205

Demanda de inexequibilidad de los artículos 6o. y 7o. del Decreto número 126 de 1932.—Se declara que no son inexequibles.—Magistrado ponente, Dr. Pedro A. Gómez Naranjo 207

Salvamento de voto de los Magistrados Montalvo y Moreno Jaramillo 210

Salvamento de voto del Magistrado Aníbal Cardoso Gaitán 213

SALA DE CASACION EN LO CRIMINAL

CASACION POR DESACUERDO ENTRE LA SENTENCIA Y EL AUTO DE PROCEDER. Se infirma la sentencia del Tribunal Superior de Buga en la causa contra Manuel Ramírez por el delito de homicidio.—Magistrado ponente, Dr. José Antonio Montalvo.... 214

ABSOLUCION DEL QUE MATA POR UN «IMPULSO INCONTROLABLE».—Se infirma la sentencia del Tribunal Superior de Buga en la causa contra Manuel José Cálvez, por el delito de homicidio.—Magistrado ponente, Dr. José Antonio Montalvo.... 216

VEREDICTO QUE FIJA LA CUANTIA DE UN DELITO DE ROBO.—No se infirma la sentencia del Tribunal Superior de Pamplona en la causa contra Rubén Numa Alvarez, por el delito de robo.—Magistrado ponente, Dr. José Antonio Montalvo 218

NULIDAD DEL PROCEDIMIENTO POR DEFECTO EN EL SORTEO DE JURADOS.—Se invalida por ese motivo, la sentencia del Tribunal Superior de Medellín en la causa por el delito de homicidio contra Luis Eduardo Muñoz.—Magistrado ponente, Dr. José Antonio Montalvo 220

HOMICIDIO SIMPLEMENTE VOLUNTARIO. CUERPO DEL DELITO—IMPUTABILIDAD Y RESPONSABILIDAD. — QUINTA CAUSAL DE CASACION—No se infirma la sentencia del Tribunal Superior de San Gil en la causa por el delito de homicidio contra Gregorio Gómez. — Magistrado ponente, Dr. Salvador Iglesias 221

HOMICIDIO.—No se infirma la sentencia del Tribunal Superior de Buga en la causa por el delito de homicidio contra Pedro Juan Gallego.—Magistrado ponente, Dr. Salvador Iglesias 225

SE DECLARA DESIERTO EL RECURSO DE CASACION interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo en la causa por el delito de homicidio contra José Galán.—Magistrado ponente, Dr. Salvador Iglesias 226

HOMICIDIO. — Se invalida la sentencia del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo y se declara nulo todo lo actuado desde el auto de 3 de noviembre de 1933 en la causa por el delito de homicidio contra Segundo Barrera. — Magistrado ponente, Dr. Salvador Iglesias 227

HOMICIDIO VOLUNTARIO «EN LOS CASOS MENOS GRAVES».—No se infirma la sencia del Tribunal Superior de Bogotá en la causa por el delito de homicidio contra Emiliano Ortiz. — Magistrado ponente, Dr. José Antonio Montalvo 231

CASACION POR EL DELITO DE HERIDAS.

INDICE

Págs.

No se infirma la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué en la causa por el delito de heridas contra Floro Vargas.—Magistrado ponente, Dr. José Antonio Montalvo.... 213

ES ABUSO DE CONFIANZA LA APROPIACION POR PARTE DE LOS JUECES DE LOS BIENES PUESTOS BAJO SU CUIDADO.—Se confirma la sentencia del Tribunal Superior de Medellín en la causa contra el doctor Ricardo Serpa Bohórquez, ex-Juez del Circuito de Yolombó, por abuso de confianza. — Magistrado ponente, Dr. Pedro Alejo Rodríguez 232

NULIDAD DEL PROCESO POR NO HABERSE DADO INTERVENCION AL PERSONERO MUNICIPAL COMO FISCAL DEL CIRCUITO. — Se invalida la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué en la causa por el delito de heridas contra Eleuterio Monroy.—Magistrado ponente, Dr. José Antonio Montalvo 234

CONDENA DE UN MENOR DE VEINTIUN AÑOS A LA PRIVACION DE LOS DERECHOS POLITICOS.—No se infirma la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga en la causa por el delito de homicidio contra Rafael Villamizar. — Magistrado ponente, Dr. José Antonio Montalvo 235

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Se confirma el auto de fecha 30 de agosto de 1935, en que se negó el mandamiento ejecutivo en el juicio iniciado por Jorge Ulloa López contra el Departamento del Valle del Cauca, providencia dictada por el Tribunal Superior de Cali.—Magistrado ponente. Dr. Eleuterio Serna R. 237

APELACION EN EJECUCION.—No se accede a la revocatoria pedida por el apoderado del ejecutante del auto de primero de junio de mil novecientos treinta y seis, dictado en el ejecutivo seguido por Jorge Ulloa López contra el Departamento del Valle del Cauca. — Magistrado ponente, Dr. Eleuterio Serna R. 241

PENSION CIVIL.—Se niega la solicitada por la señorita Belarmina Franco.— Magistrado ponente, Dr. Aníbal Cardoso Gaitán 246

EXCEPCION EN JUICIO EJECUTIVO.—Se declara la de pago propuesta por el ejecutado Aristides Abadía en el juicio ejecutivo que le sigue el Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales.—Magistrado ponente, Dr. Pedro A. Gómez Naranjo 246

EXCEPCIONES EN JUICIO EJECUTIVO.—Se declaran no probadas las propuestas por Roberto Echeverri en el ejecutivo que le adelanta la Recaudación de Hacienda Nacional de Honda. — Magistrado ponente, Dr. Pedro A. Gómez Naranjo 248

EXCEPCIONES EN JUICIO EJECUTIVO.—Se declaran no probadas las propuestas por Juan de Dios Saldarriaga R. en el ejecutivo que le adelanta la Recaudación de Hacienda de Angelópolis.—Magistrado ponente, Dr. Pedro A. Gómez Naranjo 248

EXCEPCION DE PRESCRIPCION DE LA ACCION EJECUTIVA.—Se declara probada la propuesta por Avelino Gamboa en la ejecución adelantada por la Recaudación del impuesto sobre la Renta de Bogotá, contra Gamboa Guzmán & Co.—Magistrado ponente, Dr. Pedro A. Gómez Naranjo 250

AUTO EJECUTIVO APELADO.—Se revoca el dictado contra Manuel Márquez S. y en favor de la Nación por el Recaudador de Hacienda Nacional de Barranquilla.—Magistrado ponente, Dr. Pedro A. Gómez Naranjo.. 252

APELACION DEL AUTO QUE NEGO UNA EJECUCION.—Se revoca el dictado por el Tribunal Superior de Bogotá en el ejecutivo seguido contra el Departamento de Cundinamarca por el Dr. Guillermo Mesa Prieto como apoderado de Cecilia, Julia y Ana Elvira Valderrama, y se libra orden de pago contra el Departamento de Cundinamarca. Magistrado ponente, Dr. Aníbal Cardoso Gaitán 252

EXCEPCIONES EN JUICIO EJECUTIVO.—Se declara probada la de petición antes de tiempo en el ejecutivo seguido por la Nación contra Roberto Cavelier & Co. por el valor de unos derechos de aduana.—Magistrado ponente, Dr. Aníbal Cordoso Gaitán. 257

EXCEPCION EN JUICIO EJECUTIVO.—Se declara probada la propuesta por el ejecutado Jesús M. González R. por no ser éste la persona a quien ha debido ejecutarse en

INDICE

Págs.

el juicio adelantado contra el mismo por el Recaudador de Hacienda Nacional de Concordia.—Magistrado ponente, Dr. Pedro A. Gómez Naranjo 261

PETROLEOS.—Se declaran fundadas en derecho algunas pretensiones de la Compañía Exploradora de Petróleos, S. A. (Diego Martínez R.) para adelantar exploraciones con perforación en algunas minas de petróleo y se niega en cuanto a otras.—Magistrado ponente, Dr. Aníbal Cardoso Gaitán 264

EXCEPCIONES EN JUICIO EJECUTIVO.—Se declaran probadas las propuestas por José Manuel Guillén en el ejecutivo que le sigue el Juzgado 2o. de Ejecuciones Fiscales de Bogotá.—Magistrado ponente, Dr. Pedro A. Gómez Naranjo 273

EXCEPCIONES EN JUICIO EJECUTIVO.—Se declara probada la de inexistencia de la obligación en el ejecutivo adelantado por la Nación contra Pedro & Santiago López.—Magistrado ponente, Dr. Pedro A. Gómez Naranjo 275

NULIDADES EN JUICIO EJECUTIVO.—Se anula en parte el juicio ejecutivo seguido por la Nación contra Roberto Echeverría. Magistrado ponente, Dr. Eleuterio Serna R. 276

INTERPRETACION DEL ARTICULO 1021 DEL CODIGO JUDICIAL. Se confirma el auto de fecha 6 de agosto de 1936, dictado por el Juzgado de Ejecuciones Fiscales de Bogotá, en el juicio ejecutivo contra Roberto Echeverría y otros.—Magistrado ponente, Dr. Eleuterio Serna R. 279

RECONSIDERACION DE UN AUTO.—No se accede a la reposición del dictado por la Sala con fecha 3 de noviembre de 1936, en el ejecutivo seguido por la Nación contra Roberto Echeverría y otros—Magistrado ponente, Dr. Eleuterio Serna R. 281

SE DECLARA EMPROCEDENTE UN RECURSO DE HECHO.—Se declara improcedente el interpuesto por los señores Pedro Antonio Salgueto y otros contra el auto de 10 de agosto de 1936 del Tribunal Superior de Buga en un incidente en el juicio de deslinde y amojonamiento de la hacienda de «Calima».—Magistrado ponente, Dr. Pedro A. Gómez Naranjo 283

PENSION.—Se concede la solicitada por la señorita Teresa Zapata C.—Magistrado ponente, Dr. Pedro A. Gómez Naranjo 284

SALA CIVIL DE UNICA INSTANCIA

DEMANDA DE NULIDAD DE UNAS RESOLUCIONES EJECUTIVAS.—Se absuelve a la Nación de los cargos de la instaurada por el Dr. Manuel José Jiménez.—Magistrado ponente, Dr. Pedro A. Gómez Naranjo.. 285

CADUCIDAD DE LA INSTANCIA.—Se decreta en la demanda instaurada contra la Nación por Julio Berrío París por el pago de una suma de dinero proveniente del valor de un contrato sobre arrendamiento de servicios.—Magistrado ponente, Dr. Eleuterio Serna R. 290

GACETA JUDICIAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTOR: JULIAN MOTTA SALAS, RELATOR DE LA CORTE

TOMO XLIV — Bogotá, enero de 1937 — NUMERO 1917

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

(Siete partidas.—Ley XIII).

"Summa itaque ope, et alacri studio has leges nostras accipite".

(Proœmium Institutionum D. Justiniani).

LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN MATERIA DE ACTOS ADMINISTRATIVOS

Paul Negulesco,

Profesor de Derecho Público en la Universidad de Bucarest.

Hemos visto que la teoría de la irresponsabilidad del Estado por los actos del poder público, salvo las excepciones limitativamente señaladas por la ley, y de la responsabilidad de los funcionarios en el caso de violación de una obligación concerniente a sus funciones, estaba consagrada dondequiera en los comienzos del siglo XIX y aún está en algunas legislaciones.

En Francia, bajo la influencia de la teoría individualista, predominante en el siglo décimonono, la jurisprudencia y la doctrina han tratado de dar a la idea de responsabilidad del Estado, que no existía sino como excepción solamente, un campo de aplicación más extenso, apoyándola en el principio de la responsabilidad delictual y cuasidelictual formulada en los artículos 1382 a 1384 del código civil.

Aplicaban las instancias judiciales al Estado y a las personas morales administrativas, bajo la alta vigilancia de la Corte de Casación, los principios de la responsabilidad del amo por las culpas de la persona que trabaja a sus órdenes. Según ese sistema, el que se queja de un perjuicio causado por los agentes de la administración y pide reparación por él, debe probar: a) la existencia de un perjuicio material, cierto, actual, que se le haya causado por el hecho de un agente público en ejercicio de sus funciones; b) que ese hecho, acción o inacción, constituya culpa de parte de la administración. O, en otros términos, debe existir una relación de causa a efecto entre el *hecho* y el *perjuicio*.

Esa responsabilidad no existe: a) si el autor del perjuicio ha ejercitado un derecho, pues *qui jure suo utitur neminem laedit;* b) en los casos fortuitos o de fuerza mayor; c) si la causa del perjuicio procede de un hecho de la víctima.

Sin embargo, afirmando el Consejo de Estado que la teoría de la culpa delictual no está conforme con la naturaleza de las personas morales de derecho público, niega que los artículos 1382 a 1384 del código civil sean aplicables al Estado y que su responsabilidad, en caso de culpas, negligencias o errores cometidos por sus agentes, deba ser apreciada según los principios del derecho civil. El artículo 1384 del código civil tiene por objeto regular la responsabilidad que pueden tener los particulares por los actos de personas que están colocadas bajo su autoridad o vigilancia; sus disposiciones no determinan ni las relaciones del Estado con los funcionarios públicos, ni las consecuencias jurídicas que tales relaciones puedan producir entre terceros y el Estado.

El artículo 1384 del código civil reglamenta las relaciones entre el amo y el dependiente o doméstico. El amo puede escoger libremente sus dependientes y vigilarlos y si no los escoge bien o no los vigila, comete una culpa, *culpa in eligendo* o culpa *in vigilando*. La situación del Estado no es la misma. No puede separarse el Estado de sus órganos, porque no puede concebirse el Estado sin ellos. Por consiguiente, el Estado no puede ser amo y los órganos no pueden ser domésticos porque no los escoge, porque se imponen a él y porque, aun para sus agentes, la escogencia se hace por los órganos, y la vigilancia se ejercita por los órganos o por agentes.

Así, pues, habiéndose deducido de la idea de responsabilidad por culpa del agente, llamado dependiente del Estado, la jurisprudencia del Consejo de Estado se ha orientado hacia la idea de responsabilidad del servicio público, basada en una organización defectuosa o en un mal funcionamiento del servicio. O por mejor decir, se ha reemplazado la teoría subjetiva de la culpa cuasidelictual por la teoría objetiva de la falta del servicio.

Pero al lado de la responsabilidad de la administración continúa existiendo la del funcionario, autor del hecho perjudicial. A título excepcional admite la jurisprudencia administrativa esta responsabilidad cuando hay culpa personal de parte del funcionario. Se considera que hay culpa personal cuando ella es separable de la función, es decir, cuando el funcionario ha ejecutado el acto fuéra de la función, cuando ha pasado los límites de su competencia, cuando ha tenido la intención de perjudicar, etc. En todos los demás casos hay falta de servicio que compromete solamente la responsabilidad de la administración.

Esa construcción jurisprudencial del Consejo de Estado, aprobada por el Tribunal de Conflictos en dos sentencias del 8 de febrero de 1873, juicios Dugave y Bransiet y Agnés Blanco, sirve desde entonces en Francia para determinar la responsabilidad de la administración.

La jurisprudencia administrativa ha ido más lejos aún: ella admite, en caso de riesgo excepcional, la responsabilidad fuéra de toda culpa en el servicio público. Así, en Francia, por esfuerzo del Consejo de Estado, sin un texto preciso, se ha operado una transformación radical que ha puesto el estado de derecho en concordancia con el principio de solidaridad social, que juega un gran papel en este siglo XX. La noción de la responsabilidad civil del Estado adquiere así una base mucho más amplia.

Antes de la unión de los Principados rumanos de Moldavia y de Valaquia (1859) y de su transformación en país unitario (1862), las legislaciones civiles que regían en ellos (Moldavia,

Código Calimachi, art. 1723 y siguientes, Valaquia, Código Caragea, 5ª parte, capítulo X, anexo Nº 1º y siguientes) admitían también el principio de la responsabilidad por culpa individual.

La ley del 11 de febrero de 1864, relativa a la organización del Consejo de Estado, atribuía a la competencia de ese Consejo el Contencioso administrativo y el artículo 33 de la citada ley reconocía a la parte no satisfecha con el juicio del Consejo, el derecho de dirigirse a los tribunales ordinarios, ante los cuales podía obtener la reparación del perjuicio causado por el acto administrativo de autoridad.

El artículo 131 de la Constitución de 1º de julio de 1866 suprimió el Consejo de Estado y la ley del 11 de julio del mismo año repartió en otras entidades las atribuciones del Consejo, reservando los asuntos de naturaleza contenciosa a los tribunales (art. 8º).

Los tribunales, respetuosos del principio de la separación de los poderes, no han anulado jamás los actos administrativos de autoridad, pero han admitido el sistema de apremios para obligar a la administración a retirar el acto ilegal y han otorgado el de daños y perjuicios para reparar el perjuicio causado.

La Corte de casación rumana, en cuanto concierne a la responsabilidad del poder público, ha admitido la teoría de la Corte de casación francesa que está basada en la idea de culpa delictual; mantiene aún hoy esa teoría, aunque el sistema legislativo vigente admite otros criterios en la determinación de la responsabilidad. En efecto, bajo la influencia de los principios de justicia social, se ha extendido, por textos precisos, la idea de la responsabilidad del Estado. La Constitución de 1923, en sus artículos 99 y 107, la ley sobre lo Contencioso administrativo del 23 de diciembre de 1925, en sus artículos 1º, 6º, 7º y 14; la ley sobre el estatuto de los funcionarios públicos en el artículo 13, el reglamento de aplicación de la ley sobre el estatuto de funcionarios públicos del 23 de noviembre de 1923, la ley del 17 de febrero de 1912 para la organización de la Corte de Casación, en los artículos 28 y 33, fijan la responsabilidad civil de la administración, sin parar mientes en el artículo 1,000 del código civil rumano (art. 1384 del código civil francés).

El régimen administrativo rumano es un régimen intermediario entre el régimen administrativo francés y el anglosajón de la administración judicial. Con efecto, proclama la Constitución que el Contencioso administrativo es del resorte del poder judicial, conforme a la ley especial. Por otra parte, la administración tiene, como en Francia, el beneficio de la ejecución previa en virtud del cual ella ejerce sus derechos por un procedimiento extrajudicial en que no es necesaria la intervención previa de la justicia.

El sistema de responsabilidad que se deduce de los textos puede formularse así:

a) El régimen administrativo rumano es legal, no admite el principio de la irresponsabilidad administrativa. Así, proclama el artículo 107 de la Constitución que "aquel que es lesionado en sus derechos por un acto administrativo de autoridad, o sea por acto de gestión ejecutado con violación de las leyes y reglamentos, puede dirigirse a las instancias judiciales a fin de hacer reconocer su derecho".

El régimen administrativo rumano admite la existencia de reglas especiales, leyes y reglamentos que obligan la responsabilidad del Poder público por fuéra de las reglas del derecho común (arts. 998-1,000 del código civil rumano y 1382 y siguientes del código civil francés).

b) El sistema rumano de responsabilidad implica la moralidad adminis-

trativa porque admite no solamente la de la Administración, sino también la de los agentes. Esta responsabilidad acumulativa resulta del art. 107, inciso IV de la Constitución y del art. 14 de la ley sobre lo contencioso administrativo del 23 de diciembre de 1925. Pero el funcionario, el agente, no es responsable sino en tanto que haya cometido una culpa: si es culpado, dice el artículo 107. El artículo 13 de la ley sobre estatuto de los funcionarios públicos del 19 de junio de 1923, votada casi al mismo tiempo con la Constitución y por las mismas cámaras, precisa cuándo es culpable el funcionario. Se trata de una culpa personal del agente, separable de las prácticas del servicio.

c) La responsabilidad del Poder público aunque reglamentada por textos fuéra del art. 998-1,000 del código civil (1382-4 c. civ. francés), continúa reposando sobre la idea de culpa. La culpa en el servicio y aun la culpa personal del agente acarrean la responsabilidad del Estado. Pero la responsabilidad no existe si no hay perjuicio. En efecto, el artículo 107 de la Constitución reconoce el derecho de recurrir a la justicia solamente a aquel que ha sido lesionado en sus derechos. Es necesario que exista un perjuicio. El otro elemento necesario para la existencia de la responsabilidad es la culpa, pero una culpa lata que consiste en toda violación de leyes y reglamentos, es decir, que el servicio acarrea la culpa por el hecho que él ha violado, por su actividad una sanción de derecho y por esa violación la responsabilidad de la Administración.

La culpa resulta también de un hecho material, ejemplo gracia, una negligencia, un retardo, es decir, un mal funcionamiento del servicio público.

d) Aquellos que han sido lesionados por un acto administrativo de autoridad ejecutado con violación de una ley o de un reglamento, tienen la facultad de dirigirse, ora sea a las instancias de lo contencioso administrativo (Corte de apelación del domicilio del demandante como instancia de fondo, con recurso ante la tercera cámara de la Corte de Casación que, en caso de admisión del recurso, entra a fallar en el fondo, conforme al artículo 12 de la ley del 23 de diciembre de 1925 sobre el Contencioso administrativo) para pedir la anulación del acto ilegal y reclamar daños y perjuicios, ora a las instancias de derecho común que no son competentes sino para comprobar la ilegalidad del acto y atribuír daños y perjuicios en reparación del perjuicio causado, conforme a los artículos 99 y 107 de la Constitución.

La ley del 1º de julio de 1905, relativa a la reorganización de la Corte de Casación, admitía que el particular perjudicado debía dirigirse previamente a la instancia del Contencioso (tercera cámara de la Corte de Casación) para obtener la anulación del acto de autoridad, después a las instancias ordinarias, competentes únicamente para examinar las consecuencias perjudiciales del acto y acordar la reparación del perjuicio causado.

(Traducción de Julián Motta Salas, de la Revista de *Drept Public*, de Bucarest).

COLABORACION JURIDICA

SOCIEDADES

Miguel Moreno Jaramillo

TOMO IV

(continuación)

432.—La sentencia anunciada, de la cual es autor el magistrado Zuleta Angel, trata de varias cuestiones, muy importantes todas ellas. Debido a su extensión no reproduciremos sino algunos de los apartes que se rozan con este punto:

Los poderes del marido sobre los bienes sociales cesan automáticamente en el momento mismo de la disolución social, con respecto a terceros de buena fe, víctimas de error invencible, en forma tal que dicha disolución pueda ser alegada eficazmente contra tales terceros que negociaron con el marido sobreviviente sin haber conocido ni podido conocer la referida disolución?

Antes de insertar los párrafos de la corte, tomados del extracto hecho por el relator, conviene anotar que el caso no se relaciona con las sociedades conyugales regidas por la ley 28 de 1932, y que la persona contra quien se pretendía la reivindicación no compró directamente el inmueble a quien había sido jefe de la sociedad ya disuelta.

"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 código civil, 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 código civil, 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 código civil".

"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, 1634, 1983,

1766, 1940, 1944, 2140 y 2199 del código civil";

"d).—El sistema colombiano del registro de la propiedad inmueble y los terceros de buena fe".

"....."

"CAPITULO I.—APLICACIONES DEL PRINCIPIO DE LA BUENA FE A LA PROTECCION LEGAL DE LOS TERCEROS QUE CONTRATAN CON APARENTES TITULARES DE UN DERECHO".....

"....."

"CAPITULO II.—LA MAXIMA ERROR COMMUNIS FACIT JUS".....

"....."

"CAPITULO III.—GENERALIZACION O INTERPRETACION DE LOS ARTICULOS 149, 150, 947, 1547, 1548, 1933, 1634, 1766, 1940, 1944, 2140 y 2199 DEL CODIGO CIVIL .....

....."

"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..."

"..... 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".

"....."

"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 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 hereneiales, 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 del 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:

"....."

"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 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".

"....."

"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 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".

"....."

"De todo lo cual se infiere que nuestro sistema de registro de la propiedad inmueble cumple, entre otras, una misión transcendental 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".

"....."

"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 dice el recurrente, el tribunal aplicó indebidamente al caso del pleito el artículo 1401 del código civil, 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 limitadas, 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 consignatarios 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. etc. . . . . .
. . . . . ."

La sentencia completa tiene fecha 20 de mayo de 1936 y está publicada en el número 1904 de GACETA JUDICIAL.

433.—Los magistrados Rocha y Moreno Jaramillo dieron su voto negativo a la sentencia de casación extractada en el número anterior. He aquí, en lo fundamental, los términos de su salvamento:

"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 communis 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 esos, sin embargo de lo cual la sentencia de la mayoría de la sala, con olvido de los preceptos sustantivos en que se le da á la buena fe esos efectos y nada más que esos, 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 bién 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 bién 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, 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. 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 de 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. . . . . .
. . . . . ."

"En cuanto a la prescripción, la buena fe es ahí, como siempre, el error del poseedor que ha ignorado el vicio de su posesión. . . ."

"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 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 para la adquisición del dominio, pero sólo mediante la usucapión. . . . . ."

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

434.—Don Arturo Alessandri Rodríguez, expositor chileno, ha adherido a la tesis de los magistrados Rocha y Moreno Jaramillo, como puede verse en la siguiente carta que desde Santiago de Chile dirigió al último, con fecha 28 de septiembre de 1936:

"He leído con todo detenimiento las sentencias de esa corte, de 20 de mayo de este año, que se publican en las páginas 37 y 44 del Nº 1904 de la GACETA JUDICIAL."

"Estoy plenamente de acuerdo con su tesis. Su voto disidente es la mejor refutación a la segunda de esas sentencias. La corte cree que la buena fe, por sí sola, sin otro elemento, es capaz de generar dominio. No hay tál, a lo menos en el código civil chileno, que es el mismo de Colombia. La corte pretende apoyar su opinión en el hecho de que el inmueble estaba inscrito a nombre del marido; pero olvida que la inscripción no prueba dominio sino únicamente posesión, la que desaparecerá ante quien pruebe ser el verdadero dueño. Basta leer el mensaje para convencerse de esto aserto. 'En algunas legislaciones la inscripción es una garantía, no sólo de la posesión sino de la propiedad, mas para ir tan lejos, etc.'. Y luégo agrega: 'no dando a la inscripción conservatoria otro carácter que el de una simple tradición, la posesión conferida por ella deja subsistentes los derechos del verdadero propietario, que solamente podrían extinguirse por la prescripción competente'."

"Consecuente con ese criterio, nuestro código civil, al reglar la prueba de la posesión, dice que, tratándose de derechos inscritos, ésta se probará por la inscripción (art. 924). En cambio, en parte alguna regla la prueba del dominio ni da a la inscripción el valor de tál".

"Por consiguiente, en la especie el demandante pudo probar el dominio de la cosa sin que obstara a ello el hecho de encontrarse la cosa inscrita a nombre de otro. Precisamente, por eso necesitó producir esa prueba toda vez que el poseedor es reputado dueño mientras otro no justifica serlo (art. 700)".

"La doctrina consagrada en el fallo de la página 37 y en el voto de la sentencia de la página 44, que, a mi juicio es la verdadera y que ustedes han desarrollado brillantemente, es la que nuestra corte de casación y nuestras cortes de apelaciones han establecido uniformemente. Le ruego ver al efecto mi obra 'De las capitulaciones matrimoniales y de la sociedad conyugal', Nº 787, pág. 487; Nº 789, pág. 489; Nº 799, pág. 493; Nº 802, págs. 495 a 497".

"Pocos días atrás me correspondió alegar idéntica tesis ante la corte de apelaciones de Santiago, a propósito de una tercería de dominio deducida por el adjudicatario de un bien social con motivo de una hipoteca que, después de disuelta la sociedad conyugal, constituyó la mujer sobreviviente por sí sola, prevalida de que el predio se inscribió a su nombre por haberlo adquirido ella a título oneroso durante el matrimonio. La corte, por unanimidad, acogió mi tesis y dio lugar a la tercería, confirmando así el fallo del juez. Le incluyo una copia de la referida sentencia".

"En mi sentir, la sentencia de la página 44 se funda en doctrinas y teorías que podrán ser justas y convenientes, pero que no son las de la ley. Según el código civil chileno, y lo mismo ha de ser en el colombiano, la buena fe, a más de producir los efectos que ustedes señalan, puede validar un pago en el caso del artículo 1576, inciso 2º; impedir que la condición resolutoria afecte a terceros poseedores (arts. 1490 y 1491), etcétera; pero en ningún caso puede crear por sí sola un derecho capaz de oponerse al del verdadero dueño. De admitirse el criterio de la corte, el artículo 1815 de nuestro código sería letra muerta o habría que entenderlo como ustedes lo formulan al final de su voto".

SALA DE CASACION EN LO CIVIL

EXIGIBILIDAD DEL SALDO DEFINITIVO DE UNA CUENTA CORRIENTE.—EXCEPCION DE RENDICION DE CUENTAS

Si una de las partes o ambas a la vez, en un contrato de cuenta corriente, pretende ser acreedora definitiva de la otra, debe dar la prueba de serlo, presentando la relación comprobada de las remesas u operaciones que hizo para llevarlas a su crédito, y entonces, de la comparación de una y otra revelación resulta automáticamente el saldo definitivo, se sabe quién debe a quién y cuánto, y procede la condenación o absolución que cada uno por su parte pide. Pero es inadmisible que teniendo consigo la parte demandada los elementos informativos y demostrativos de las remesas que ella hizo durante el negocio, pretenda oponer a la afirmación del adversario como única defensa la excepción de rendición de esas cuentas. Cada parte debe demostrar en el juicio aquellas operaciones que constituyan en el curso de la cuenta corriente un asiento o artículo de crédito a su favor y la contraria demostrar las que dieron lugar a cargos débitos. Si entre las operaciones de la cuenta corriente hubiere algunas que implican actos de una comisión por una de las partes a la otra, como son aquellas que según el artículo 736 del C. Co. reclaman la ejecución de actos de verdadera gestión, y si esa clase de operaciones se hicieron para llevarlas a la cuenta corriente, es preciso que al cobro del saldo definitivo proceda la rendición de cuentas propias del que como mandatario gestionó o manejó intereses ajenos, pues sin la aceptación del saldo monto de la gestión, el gestor o mandatario no puede llevarlo como artículo al débito o crédito del mandante, o mejor dicho, el asiento de ese artículo no es obligatorio para el interesado. El carácter esencialmente indivisible de este contrato, hace que si se quiere afectar una suma o valor a un empleo determinado o si se quiere que se tenga a la orden del remitente, entonces esa suma o valor no entra a la cuenta corriente y no es susceptible de la compensación mercantil propia de este contrato; habrá préstamo, mandato, actos simples de gestión, pero no cuenta corriente (arts. 781 y 737 C. Co).

ASPECTOS QUE CARACTERIZAN LA INDIVISIBILIDAD DE LA CUENTA CORRIENTE

"De ahí que sea la negación misma del carácter de la cuenta corriente que se pretenda alegar un artículo del crédito para exigir su pago durante el contrato; los efectos de una sentencia o embargo permanecen reservados hasta la clausura de la cuenta y subordinados a la producción definitiva de un saldo a favor de lo embargado o retenido. Y de ahí también que —ya entre las partes— las remesas no son pagos, aunque en el momento de acreditarlas al remitente éste sea deudor del receptor; por eso la apertura de un crédito como primera operación que abre la cuenta (que es lo más frecuente) no convierte en deudor a aquél a quien se abrió, ni puede decirse que luégo las remesas de especies, café por ejemplo, que el debitado haga a quien abrió el crédito, vayan siendo pagos o abonos en el sentido en que se dice que el deudor de préstamo va abonando o pagando; éstas son operaciones que intervienen en la ejecución de la cuenta; irá habiendo saldos débitos o créditos, pero no deudas exigibles; la exigibilidad no se produce sino a la terminación definitiva de la cuenta. Y por lo mismo los reconocimientos parciales de cuenta que van haciéndose periódicamente, según la usual estipulación, no implican exigibilidad, sino meras conformidades de cuentas; ni es definitivo uno de esos reconocimientos, porque es lo posible y presumible —dado el incesante movimiento de operaciones— que una operación realizada mientras vino en camino la cuenta, una remesa andante, alteren o modifiquen automáticamente el saldo conformado en el momento mismo en que se expresa la conformidad".

El cuadro de contabilidad en que consignan las operaciones que se van ejecutando, será un registro de ordenación, pero no es el contrato mismo de cuenta corriente: ésta queda constituída sin necesidad de ese cuadro.

"En efecto, es cierto que de conformidad con la índole de la cuenta corriente y con los arts. 733, 736, 740, 741, 742 y 745 del código de comercio, el saldo a que se refería la conformidad dada por Delarroche es de los llamados PARCIALES, por lo que ninguno de los interesados es considerado como acreedor o deudor durante el negocio, y está sujeto a rectificación por errores de cálculo, omisiones, artículos extraños o indebidamente llevados al débito o crédito, o duplicación de partidas, y sólo la conclusión DE-

FINITIVA de la cuenta corriente en la que fija invariablemente el estado de las relaciones jurídicas de las partes, y produce de pleno derecho, independientemente del fenecimiento de la cuenta, la compensación del íntegro monto del débito y crédito hasta la cantidad concurrente, y determina la persona del acreedor y del deudor".

Un caso de aplicación de la sanción establecida por el art. 643 del C. J. sobre manifiesta evasiva de reconocimiento de una firma.

Valor probatorio de los libros de comercio contra el no comerciante (arts. 10, 27, 43, 48 y 732 del C. de Comercio).

Intereses en cuenta corriente.

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

(Magistrado ponente: Dr. Antonio Rocha)

HECHOS

La sociedad denominada "E. A. Canalizo and Company, Incorporated", domiciliada en Boston, Estado de Massachusett, Estados Unidos de Norte América, debidamente autorizada por el Gobierno de Colombia para establecerse con el carácter de permanente en el país, según resolución del Poder Ejecutivo Nº 8 de 1925, celebró con el señor Gabriel Delarroche Ch. los contratos que ambas partes denominaron de cuenta corriente o crédito rotativo y que se puntualizan en las escrituras números 57 y 1190, pasadas ambas en la Notaría 4ª de Medellín, el 13 de enero de 1927 y el 11 de mayo del mismo año, respectivamente.

Las estipulaciones de dichos contratos que han sido discutidas en el presente litigio consisten en lo siguiente:

Canalizo abrió un crédito hasta por veinte mil pesos oro americano ($ 20,000) a favor de Delarroche en virtud del cual éste podía girar a cargo de aquél para proveerse de fondos; Canalizo sostiene que le abrió a Delarroche un crédito por cada escritura y éste que la segunda escritura sólo tuvo por objeto ratificar el primero y único crédito por veinte mil pesos oro americano ($ 20,000).

Por su parte se comprometió Delarroche a despachar café a la consignación de Canalizo para que éste lo vendiera al precio del mercado de New York, percibiera una comisión por los actos de realización y su producto lo abonara al crédito de Delarroche.

En atención a las remesas de café convinieron las partes la siguiente cláusula textual sobre rendición de cuenta: "Duodécimo. E. A. Canalizo & Cía. Inc. enviarán las cuentas de venta del café del señor Gabriel Delarroche tan regularmente como sea posible o tan pronto como se termine la venta de cada lote de café que reciban. El señor Gabriel Delarroche al recibir las cuentas debe estudiarlas y hacer oportunamente las observaciones a que hubiere lugar. Si pasados noventa días, contados desde la fecha de la cuenta de venta el señor Gabriel Delarroche no hubiere hecho observación ninguna por escrito a E. A. Canalizo & Co. Inc., queda entendido que el señor Gabriel Delarroche las da por aceptadas y aprobadas y que cualquier observación que haga de ahí en adelante no tendrá valor".

Ya se dijo al principio que las partes contratantes denominan "crédito rotativo" el que Canalizo abre a favor de Delarroche. Pues bien, textualmente dicen los contratantes en la cláusula séptima: "Las cuentas correspondientes a este crédito serán cortadas por E. A. Canalizo & Cº Inc. en junio 30 y diciembre 31 de cada año, y los intereses los pagará el señor Delarroche en dichas fechas a E. A. Canalizo & Co. Inc. Los intereses se liquidarán al 6% anual por saldo a favor de E. A. Canalizo & Cº Inc., y al 4% anual por saldos a favor del señor Gabriel Delarroche".

Finalmente, en cuanto a terminación del contrato y pago del saldo definitivo, acordaron las partes lo siguiente: "Décimo sexto.—"Cuando este crédito o los negocios comprendidos en este contrato estén cancelados por voluntad de cualquiera de las partes, el señor Gabriel Delarroche se obliga a pagar a E. A. Canalizo & Cº Inc., cualquier saldo que quede a su debe, quince (15) días después de que se les pasen las respectivas cuentas".

Las demás estipulaciones contractuales no es necesario referirlas, ora porque no modifican las que se dejan anotadas, ora porque no han jugado papel importante en el desarrollo del pleito.

Las partes mantuvieron en ejecución el contrato durante todo el año de 1927 y principios de 1928, pues ambas convienen en que Delarroche hizo giros a cargo de Canalizo que éste cubrió en Nueva York y en que Canalizo recibió café que le remesó Delarroche y cuyo precio de realización le fue acreditado a la cuenta de éste por Canalizo. Pero Delarroche no acepta el saldo débito definitivo que Canalizo le cobra y que según las cuentas de éste monta $ 45,003.05 oro americano, el 1º de julio de 1930.

Por esta suma en oro americano demandó Canalizo a Delarroche, para que se declare judicialmente que está obligado a pagárcela, más los intereses contractuales desde el 1º de julio de 1930, previa declaración de que están concluídas las cuentas corrientes o créditos rotativos de que tratan las escrituras números 57 y 1190 ya precisadas atrás, y en subsidio demanda el pago de la suma que en el curso del juicio se demuestre que debe Delarroche a Canalizo, con intereses.

A su vez Delarroche contrademanda a Canalizo para que se declare que está en el deber de rendirle cuentas comprobadas de las ventas de café y operaciones que Canalizo hizo en nombre de Delarroche de conformidad con las citadas escrituras, y para que se le condene a la entrega del saldo que arrojen las cuentas comprobadas a favor de Delarroche.

El Juzgado segundo del Circuito de Ríosucio desató la primera instancia condenando a Delarroche a pagar el saldo de $ 45,-003.05 oro americano con intereses, al tenor de la demanda principal, y absolviendo a Canalizo de rendirle a Dellaroche las cuentas comprobadas.

El Tribunal Superior del Distrito de Manizales, por sentencia de doce de julio de mil novecientos treinta y cinco, revocó la sentencia de primer grado y en su lugar resolvió:

"2º—Se declara que la casa de E. A. Canalizo & Cº Inc. debe rendir a Gabriel Delarroche, en los términos del art. 2181 del Código civil, las cuentas de las ventas de café y demás efectos que Delarroche le remitió, así como la cuenta semestral de las operaciones verificadas de acuerdo con el crédito flotante que dicha casa le abrió a Gabriel Delarroche, según la escritura número CINCUENTA Y SIETE —DE TRECE DE ENERO DE MIL NOVECIENTOS VEINTISIETE— y presentar los comprobantes que tenga de la aceptación de las ventas y de los saldos;

"3º—La rendición de las cuentas de que trata el numeral anterior, la verificará la casa E. A. Canalizo & Cº Inc. CIENTO VEINTE DIAS DESPUES DE EJECUTORIADA ESTA SENTENCIA, fuéra de distancias;

"4º—Son extemporáneas y no se declaran las peticiones segunda y tercera de la demanda de reconvención;

"5º—Se declaran no probadas las excepciones propuestas por las partes en la demanda principal y en la de reconvención;

"6º—No hay condenación en costas".

Estudio de los cargos en casación

Contra la sentencia del Tribunal de Manizales formula el apoderado de Canalizo varios cargos. El primero y el segundo están vinculados íntimamente, y la Corte, por eso, los estudia en conjunto y los resume:

Consisten en que el sentenciador estima que las cuentas que debe rendir Canalizo son las que debían cortarse en 30 de junio y 31 de diciembre de cada año, y no es así, porque la rendición de cuentas estipulada en el contrato mira al recibo y gestiones de venta del café que Delarroche enviara a Canalizo. Aquel corte de cuentas es el convenido en la cláusula séptima y las cuentas por rendir son materia regulada por la cláusula duodécima del contrato. Ahora bien, al tomar el sentenciador un elemento por otro, cometió un error de hecho sobre la escritura matriz de las obligaciones debatidas en juicio. Ese error lo llevó a concluír que las cuentas no están rendidas, y por tanto a tener a Canalizo como deudor en mora de tal prestación contractual, y a violar el artículo 1759 del C. C., con hacerle decir al instrumento cosas diferentes a la verdad de lo estipulado, y el 1602 ibídem, porque el contrato es ley para las partes, y los artículos 1608 y 1609 por indebida aplicación sobre una mora que no existe.

Si el Tribunal sentenciador hubiera tenido como cuentas por rendir las que verdaderamente era del caso que Canalizo rindiera, habría apreciado una confesión que no apreció y es la que hace Delarroche en posiciones de primera instancia, al responder a la novena pregunta (cuaderno número 4, folio 29), de que las cuentas de gestión y venta del café, procedentes de Canalizo, "le llegaron al absolvente con bastante retraso y las observaciones que a tales cuentas hizo fueron formuladas en forma verbal al mismo señor Mays, quien se decía apoderado de la casa de E. A. Canalizo". Delarroche, pues, sí confesó haber recibido las cuentas, y si el Tribunal no se fijó en ello violó directamente los arts. 1759 del civil y 606 del judicial que asignan el carácter de plena prueba a la confesión hecha en juicio por las partes.

Y como, en desarrollo del mismo tema, las observaciones que hizo Delarroche a esas cuentas fueron en forma verbal, según su propia confesión, y al tenor de la cláusula duodécima debían haberlo sido por escrito, y, finalmente, el compromiso de Canalizo era enviarlas "tan regularmente como sea posible o tan pronto como se termine la venta de cada lote de café que reciba", de nada

vale que Delarroche diga que las cuentas le llegaron con retraso, pues aún así debía haberlas objetado por escrito; de lo cual resulta que Canalizo sí las rindió conforme a contrato y no podía estar en mora, y el Tribunal, al concluír en contrario y estimar que Canalizo no las había rendido, violó también el art. 1602 del C. C., pues no se falla un negocio conforme a la ley contractual cuando se aprecian erróneamente las estipulaciones del contrato.

La Corte, para resolver sobre estos cargos, antes de otros que también formula el recurrente, considera:

Es evidente que el sentenciador afirma que no hay constancia en el expediente de que Canalizo haya cumplido con la obligación de presentar las cuentas a Delarroche el 30 de junio y el 31 de diciembre de cada año y que estima que así debía ser conforme a la cláusula 7ª de la escritura número 57 para que Delarroche hubiera procedido conforme a la cláusula 12ª, por lo cual concluye que Canalizo estuvo en mora de cumplir las obligaciones del contrato antes que Delarroche y con ese motivo aplica los arts. 1608 y 1609 del C. C. Hay que ver, pues, si el sentenciador incurrió en error de hecho al tomar como cuentas por rendir las que no lo eran y en caso afirmativo averiguar si Canalizo presentó o rindió oportunamente las verdaderas cuentas.

Una vez que Canalizo y Delarroche pusieron en ejecución su negocio, Delarroche hizo varios giros a cargo de Canalizo, usando del crédito que éste le abrió, giros que debitaban a Delarroche y acreditaban a Canalizo; por su lado, Canalizo recibió varias remesas de café enviadas por Delarroche, cuyo valor acreditaba a Delarroche y debitaba a Canalizo. Los respectivos valores por débito y crédito producían intereses convencionales. También era debitado Delarroche por gastos de remesa de su café y además por una comisión convenida para la venta de este mismo café, cuya realización reclamaba que Canalizo ejecutara actos de verdadera gestión.

En esta sucesiva serie de operaciones se destacan dos actividades directrices, a que puede reducirse sencillamente el negocio:

a)—Giros de Delarroche a cargo de Canalizo, cargos débitos para Delarroche: atender a su pago equivale comercialmente a que Canalizo remitiera dinero a Delarroche;

b)—Remesas de lotes de café a la consignación de Canalizo, abonos créditos para Delarroche.

Pero como el café lo remitía Delarroche en propiedad y a la consignación de Canalizo, éste obraba como mandatario de Delarroche para el sólo efecto de gestionar la venta al precio de Nueva York y aplicar luégo su valor al haber de Delarroche, y los gastos y comisión al débito del mismo.

Ahora bien, para llegar a conocer qué giros por dinero hizo Delarroche a cargo de Canalizo, y cuánto café le remesó, no es necesario que Canalizo rinda cuentas precisamente a quien hizo los giros y remesó el café, porque Delarroche, como girador y remitente, conoce y tiene en sus manos los datos de los giros y remesas que hizo; y porque no pudiéndose considerar jurídicamente como acreedor o deudor a ninguno de los interesados antes de la conclusión de la cuenta corriente, y pretendiendo tanto uno como otro haber resultado acreedor al concluírse, según las respectivas peticiones de la demanda y de la contrademanda, no puede echarse a cargo de uno solo de ellos, con exclusión del otro, la carga de rendir cuentas, porque ambos tenían interés y necesidad de llevarlas en la expectativa de resultar acreedor al saldo definitivo; la cuestión se resuelve más sencillamente considerando que si una de las partes, o ambas a la vez, pretende ser acreedora definitiva de la otra, debe dar la prueba de serlo, presentando la relación comprobada de las remesas u operaciones que hizo para llevar a su crédito, y entonces, de la comparación de una y otra relación resulta automáticamente el saldo definitivo, se sabe quién debe a quién y cuánto, y procede la condenación o absolución que cada uno por su parte pide. Pero es inadmisible que teniendo consigo la parte demandada los elementos informativos y demostrativos de las remesas que ella hizo durante el negocio, pretenda oponer a la afirmación del adversario como única defensa la excepción de rendición de esas cuentas. Cada parte debe demostrar en el juicio aquellas operaciones que constituyan en el curso de la cuenta corriente un asiento o artículo de crédito a su favor y la contraria demostrar las que dieron lugar a cargos débitos.

En cambio, entre las operaciones que alimentaron la cuenta corriente hay algunas que sí implican actos de una comisión confiada por una de las partes a la otra, como son aquellas que según el art. 734, ordinal 3º del C. de comercio, reclaman la ejecución de actos de verdadera gestión, y son de la naturaleza, no de la esencia, de la cuenta corriente. Si esa clase de operaciones se hi-

cieron para llevarlas a la cuenta corriente, es preciso que al cobro del saldo definitivo preceda la rendición de cuentas propia del que como mandatario gestionó o manejó intereses ajenos, pues sin la aceptación del saldo monto de la gestión, el gestor o mandatario no puede llevarlo como artículo al débito o crédito del mandante, o mejor dicho, el asiento de ese artículo no es obligatorio para el interesado. Sobre esta clase de artículos o asientos, sí es pertinente la excepción opuesta de no rendición previa de cuentas.

En resumen, Delarroche tenía derecho a exigir a Canalizo que le rindiera cuentas de la comisión o encargo contractual de recibir su café y gestionar su venta en Nueva York al precio de plaza, para poder saber el monto de la venta y el asiento correspondiente que llevó a su crédito; pero la rendición de las cuentas de esas operaciones de comisión no puede extenderla Delarroche a otros elementos de la cuenta corriente misma, como son los giros que él mismo confiesa que hizo a cargo de Canalizo y las remesas de lotes de café que también hizo Delarroche; estos últimos son operaciones que alimentaron la cuenta corriente y que para el efecto de saber si Canalizo los llevó a su débito y a su crédito, respectivamente, no es necesario que resulten a través de cuentas a presentar por Canalizo, como lo pretende Delarroche.

El Tribunal también, al tomar como cuentas por rendir las que según la cláusula 7ª del contrato debían cortarse en 30 de junio y 31 de diciembre, y no las de gestión de ventas del café de que trata la cláusula 12ª, incurrió en error de hecho y confundió la contabilidad misma en que esta clase de negocios se suele registrar con uno de los elementos parciales asentables en ese cuadro.

Esta distinción se justifica en atención al carácter esencialmente indivisible de este contrato, que hace que si se quiere afectar una suma o valor a un empleo determinado, o si se quiere que se tenga a la orden del remitente, entonces esa suma o valor no entra a la cuenta corriente y no es susceptible de la compensación mercantil propia de este contrato; habrá préstamo, mandato, actos simples de gestión, pero no cuenta corriente (arts. 731 y 737 del código de comercio). En cambio, la indivisibilidad se caracteriza:

Por cuanto los valores remitidos y recibidos en cuenta corriente no son imputables al pago parcial de los artículos que ella comprenda, ni son exigibles durante el curso de la cuenta (art. 736); por cuanto los valores llevados a la cuenta obran u operan automáticamente produciendo un debito o crédito sin consideración al remitente (art. 730); por cuanto sólo a la conclusión definitiva de la cuenta corriente se fija invariablemente el estado de las relaciones jurídicas de las partes, y se produce de pleno derecho, independientemente del fenecimiento de la cuenta, la compensación del íntegro monto del débito y crédito hasta la cantidad concurrente, y determina la persona del acreedor y el deudor (art. 741); y porque, respecto de terceros, éstos sólo pueden hacer eficaces embargos y retenciones de valores llevados a la cuenta por el saldo que resulte después del fenecimiento de la cuenta a favor del deudor contra quien fueron dirigidos (art. 738).

De ahí que sería la negación misma del carácter de la cuenta corriente que se pudiera aislar un artículo del crédito para exigir su pago durante el contrato; los efectos de una sentencia o embargo permanecen reservados hasta la clausura de la cuenta y subordinados a la producción definitiva de un saldo a favor de lo embargado o retenido. Y de ahí también que —ya entre las partes— las remesas no son pagos, aunque en el momento de acreditarlas al remitente éste sea deudor del receptor; por eso la apertura de un crédito como primera operación que abre la cuenta (que es lo más frecuente) no convierte en deudor a aquel a quien se abrió, ni puede decirse que luégo las remesas de especies, café por ejemplo, que el debitado haga a quien abrió el crédito vayan siendo pagos o abonos en el sentido en que se dice que el deudor de préstamo va abonando o pagando: éstas son operaciones que intervienen en la ejecución de la cuenta; irá habiendo saldos débitos o créditos, pero no deudas exigibles; la exigibilidad no se produce sino a la terminación definitiva de la cuenta. Y por lo mismo los reconocimientos parciales de cuenta que van haciéndose periódicamente, según la usual estipulación, no implican exigibilidad, sino meras conformidades de cuenta; ni es definitivo uno de esos reconocimientos, porque es lo posible y presumible —dado el incesante movimiento de operaciones— que una operación realizada mientras vino en camino la cuenta, una remesa andando, alteren o modifiquen automáticamente el saldo conformado en el momento mismo en que se exprese la conformidad.

Los interesados en el negocio constitutivo de cuenta corriente, para acomodarse a

la índole del contrato que se deja destacada en las anteriores consideraciones, suelen llevar por escrito la relación de la serie sucesiva de operaciones que alimentan el negocio, consignándolas en un cuadro de debe y haber, a medida que se van ejecutando, y cuyas constancias o asientos producen un saldo débito o crédito mediante una simple operación aritmética. Ese cuadro es, pues, un registro o gráfico de ordenación, pero no es el contrato mismo; y las operaciones del negocio existen aunque no se hayan consignado allí. Tanto que hay comentadores de esa clase de negocios, como Joseph Hamel (Banques et óperations de banque, tomo 1º, Nº 347, edición de 1933) que consideran que si la memoria de las partes o de un tercero bastan para registrar y conservar las diversas operaciones de una cuenta corriente, ésta queda constituída.

El corte de cuentas que mediante ese cuadro se puede producir automáticamente en cualquier momento, momento que para Canalizo y Delarroche debía ser dos veces al año, el 30 de junio y el 31 de diciembre, al tenor de la cláusula 7ª, fué el que creyó erróneamente el Tribunal sentenciador que debía presentar Canalizo para someterlo a la consideración de Delarroche, a manera de rendición de cuentas, no siendo así ni de hecho, según la escritura, ni de derecho, por lo anotado. Es, pues, fundado el cargo de que ese error de hecho implica la violación del art. 1759 del C. C., porque no dice la escritura contractual que las cuentas por rendir versarían sobre ese cuadro.

Corresponde ver en seguida si Canalizo cumplió la obligación de rendir las verdaderas cuentas, relativas a sus actos de gestión de venta del café remitido por Delarroche, obligación que además se estipuló en la cláusula 12ª del contrato, arriba trascrita. Dice ella que Canalizo "enviará las cuentas de venta del café del señor Delarroche tan regularmente como sea posible o tan pronto como se termine la venta de cada lote de café que reciba". Agrega que, al recibirlas, Delarroche debe estudiarlas y hacer oportunamente las observaciones a que hubiere lugar. En seguida fija esa oportunidad dentro de los noventa (90) días posteriores a la fecha de la cuenta de venta, y determina que el modo de hacerlas sea por escrito, so pena de tenerse por aceptadas y aprobadas tales cuentas.

Esas cuentas obran regularmente en el inicio (folios 3 a 22 del cuaderno Nº 4) y contienen los datos del producto bruto de la venta de cada lote y del producto líquido, por deducción de los gastos propios del tráfico comercial, como flete, seguro marítimo, acarreo, peonaje, almacenamiento, gastos sobre muestras, pesar y tarear, corretaje, seguro contra incendio, aduana, intereses sobre gastos y comisión de venta; y al serle exhibidas en copia por Canalizo a Delarroche y preguntándole por el Juez en posiciones si esas cuentas le fueron remitidas oportunamente por Canalizo para su conocimiento, si las recibió y no hizo observación alguna sobre ellas, contestó Delarroche:

"Que no es cierto y explica: las cuentas a que se refiere la pregunta le llegaron al absolvente con bastante retraso, y las observaciones que a tales cuentas hizo fueron formuladas en forma verbal al mismo señor Mays, quien se decía apoderado de la casa E. A. Canalizo". (Folio 29 del cuaderno número 4).

Esta confesión judicial de la parte es plena prueba del hecho de haberlas recibido y de no haberlas objetado por escrito. En nada merma el cumplimiento de Canalizo la afirmación que contiene la confesión de haberlas recibido con bastante retraso, porque el lapso del retraso no se sabe cuál fue, pues no está probado y sólo así el juzgador hubiera podido estimarlo como suficiente para desvirtuar la remisión y recibo confesados por Delarroche, y para saber si las observaciones las hizo Delarroche dentro de los noventa días siguientes al recibo de la cuenta; pero tampoco se mermaría la confesión con la afirmación del confesante de que hizo observaciones verbales, debiendo haber sido por escrito, convenio perfectamente aceptable en comercio para la seguridad y regularidad de las operaciones y asientos de cuenta, y menos es pertinente la afirmación del confesante de que Mays, ante quien hizo las observaciones verbales, apenas se decía apoderado de Canalizo, pues era deber y cuidado o diligencia de éste fijarse ante quién hacía los reparos para que se tuvieran como hechos válidamente a la parte o a su apoderado. A este respecto, es inaceptable el reparo, porque Delarroche conviene en la contestación de la demanda en la personería de Mays, como representante de Canalizo.

Además, otra confesión de Delarroche (respuesta 7ª, cuaderno Nº 5, folio 116), es suficiente sobre el hecho del recibo de algunas cuentas de venta de café; ahí agrega que les hizo objeciones, no dice si por escrito, mas en ningún caso esta modalidad exculpativa la probó el confesante.

Si el sentenciador no le dio valor alguno a esta confesión, porque no reparó en ella, y si, por no haberlo hecho, concluyó que Canalizo estaba en mora de rendir cuentas, además de haber tomado por tales las que no lo eran, aplicó indebidamente los artículos 1608 y 1609 del código civil, y aceptó lógica pero erróneamente las peticiones sobre la no rendición de cuentas que Delarroche formula en la contrademanda como una excepción perentoria que destruye la acción de cobro de un saldo crédito que estima Canalizo tener contra Delarroche a la conclusión del negocio.

Es, pues, el caso de casar la sentencia del Tribunal y entrar a fondo en fallo de instancia, para el efecto de determinar si realmente Canalizo es acreedor del saldo definitivo que le cobra a Delarroche como resultante de la conclusión de los negocios, o del que en subsidio subordina en la demanda al que se demuestre en este juicio.

Sentencia de instancia

La casa comercial de Canalizo presentó sus libros de comercio ante un Notario del condado de Nueva York, quien certificó la conformidad con ellos de un extracto de la cuenta corriente o movimiento de sus negocios con Delarroche, y que debidamente autenticado por las autoridades colombianas fue presentado en autos por Canalizo. El valor probatorio de ese extracto de la contabilidad de Canalizo será estudiado por la Corte más adelante, porque conviene comparar previamente algunos de sus asientos con pruebas de otro orden referentes a ellos.

Remesas de café.—En saldos créditos en favor de Delarroche se hallan abonados en dicho extracto de cuenta (que para evitar los equívocos a que dan lugar las varias acepciones de la palabra cuenta en adelante se llamará cuadro), los respectivos valores de las remesas de café que Delarroche hizo a la consignación de Canalizo y que éste recibió y realizó en el mercado de Nueva York, actos de gestión que fueron materia de las verdaderas cuentas que como comisionista rindió oportunamente Canalizo a Delarroche, según ya se vio en la parte de casación de este fallo.

Giros por dinero.—Con débito a cargo de Delarroche, en ese cuadro de los libros de Canalizo, están asentados los giros números 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, (el giro número 10 no está cargado), 11, 12 y 18, cuyo estudio conviene dividir en dos partes, a saber: una relativa a los giros 1 a 8, y otra sobre los giros 9, 11, 12 y 18.

Giros 1 a 8.—Sumado el valor de ellos, y sobre ese monto una partida débito por $ 3.53; otra por $ 1.00 y otra —imputación de intereses—, por $ 2,114.11, arroja un saldo parcial de cuenta débito a favor de Canalizo y a cargo de Delarroche, cortada por Canalizo el 1º de julio de 1927, es decir, al finalizar el primer semestre (cláusula 7ª del contrato), de $ 129,618.64.

No obstante que Delarroche, sin negar en forma expresa haber hecho tales giros, manifestó en posiciones que no podía reconocer los respectivos cargos del cuadro, por no tener los giros a la vista, obra a folios 26 del cuaderno Nº 4 una nota de conformidad de saldo suscrita por Delarroche en Ríosucio el 17 de agosto de 1927, en que manifiesta a Canalizo: "Consta por la presente que he examinado cuidadosamente el extracto de mi cuenta con su apreciable casa, cortada hasta el día 30 de junio pasado, y que se encuentran de conformidad todos los asientos, así como el saldo a mi contra de $ 129,618.64 oro americano".

En posiciones absueltas en primera instancia, Delarroche confiesa que suscribió ese comprobante de conformidad de saldo, pero que no reconoce como definitivo ese saldo ni ningún otro porque, como es natural en esta clase de negocios, todo saldo está sujeto a corte de cuentas; y agrega que lo firmó porque el representante de Canalizo le manifestó que todo era cosa provisional, sujeto a rectificaciones (respuesta 5, folio 28 vuelto, cuaderno 4).

Esa manifestación que le hiciera el representante de Canalizo, sea que determinara o no a Delarroche a firmar el comprobante de conformidad de saldo, y que no le quita el valor a lo que suscribió, sería por lo demás conforme a derecho. En efecto, es cierto que de conformidad con la índole de la cuenta corriente y con los arts. 733, 736, 740, 741, 742 y 745 del código de comercio, el saldo a que se refería la conformidad dada por Delarroche es de los llamados parciales, por los que ninguno de los interesados es considerado como acreedor o deudor durante el negocio, y está sujeto a rectificación por errores de cálculo, omisiones, artículos extraños o indebidamente llevados al débito o crédito, o duplicación de partidas, y sólo la conclusión definitiva de la cuenta corriente es la que fija invariablemente el estado de las relaciones jurídicas de las partes, y produce de pleno derecho,

independientemente del fenecimiento de la cuenta, la compensación del íntegro monto del débito y crédito hasta la catidad concurrente, y determina la persona del acreedor y del deudor.

De manera que la salvedad que hace Delarroche al confesar en posiciones que suscribió esa nota de conformidad de saldo parcial por $ 129,618.64, lejos de quitarle algún valor al contenido de su confesión, consulta la realidad jurídica de lo que es un saldo parcial, y la advertencia estaba de sobra, porque aunque no la hubiera hecho no era posible atribuírle otro alcance en derecho. Pero ella sí demuestra que Canalizo hizo el corte semestral de contabilidad y que puso en conocimiento de la otra parte cuál era el saldo parcial al finalizar el primer semestre de negocios, que esta otra parte le dio su conformidad, sin que ni entonces ni hasta hoy le haya hecho reparos concretos al saldo parcial que Canalizo le comunicó por escrito. Y demuestra, sobre todo, la realidad de los giros números 1 a 8, que casi en su totalidad ascienden al referido saldo, puesto que, con unos intereses, fueron las únicas operaciones o negocios en el primer semestre de 1927.

Así va siendo complementado el principio de prueba que merece el extracto de los libros de comercio.

Giros 9, 11, 12 y 13.—Obran en el expediente (folios 98 a 102 del cuaderno Nº 5) varias cartas firmadas por Delarroche y dirigidas directamente a Canalizo a Nueva York o a su representante en Medellín, Wallace R. Mays, fechadas en junio, julio, septiembre y octubre de 1927, en que Delarroche les da el correspondiente aviso de haber girado las letras números 9, 10, 11, 12 y 13 por dólares 7,500; 7,500; 5,000; 7.500 y 2,000, respectivamente, con referencia expresa al crédito rotatorio, según lo llama Delarroche en algunas de esas cartas y que contienen también otras constancias de operaciones de ese negocio.

Por comisión del Tribunal de segunda instancia, el Juez segundo del Circuito de Riosucio llamó nuevamente a Delarroche a que absolviera posiciones, y en vista de las referidas cartas y de otros documentos de que, si fuere el caso, se hablará después, previas las formalidades de ley, manifestó Delarroche:

"Que cada una de las firmas que aparecen en las piezas señaladas en el memorial, del punto a al punto h, sin incluír el punto g, pues no existe, y que dicen unas Gabriel Delarroche Ch. y otras G. Delarroche, no pued[illegible] oncretar cuáles son de su puño y letra y [illegible]táles no, pues como no estaba constante [illegible]nte en la oficina, el señor Alejandrino [illegible]argas, su secretario, era quien firmaba [illegible]uchas veces sin conocimiento del reconoc[illegible]or. Que esa explicación la ha dado siem[illegible] que se le ha hecho la misma pregunt[illegible] En síntesis, a cada una de las piezas, [illegible]stas a la vista del señor Delarroche, una [illegible] una, fue diciendo la misma cosa, es de[illegible], que no podía decir si esa firma era la qu[illegible]saba y era de su puño y letra o eran puest[illegible] por su secretario. Se agrega también [illegible]e al señor Delarroche se le hizo conocer [illegible] art. 643 del C. J. No habiendo más de q[illegible] tratar se da por terminada la diligenci[illegible] y así se firma".

Es [illegible] advertirse que Delarroche reconoce expr[illegible]nente en otras piezas del juicio de que [illegible]orte se ocupará, que el referido secret[illegible] Vargas estaba autorizado para firmar por él las cuestiones referentes a los negocios con Canalizo.

El art. 643 del C. J. ordena al Juez ante quien se presenta una persona a reconocer un documento que lo tenga por reconocido cuando esa persona se niega a declarar sobre lo que se pregunta, o pretende eludir las preguntas con respuestas evasivas, inconducentes, o vacías de sentido y que extienda la correspondiente diligencia, y así se lo hizo presente el Juez al compareciente Delarroche, aunque no dejó expresa constancia de que como consecuencia de la manifiesta evasiva de Delarroche tenía por reconocidos los documentos que se le exhibían.

Es clara y manifiesta la manera como Delarroche evadió en esa ocasión responder si reconocía o no como suyas las distintas firmas que el Juez le puso de presente; tampoco niega que sean suyas; solamente que podían ser o podían no serlo; pero si no eran suyas eran de su secretario Vargas, quien firmaba, dice, muchas veces sin su conocimiento; ésa no es razón para no decir cuáles firmas procedían evidentemente del mismo Delarroche; en ningún caso afirma que sean de un tercero, sino, se deja ya dicho, unas suyas y otras de su secretario, pero que sí estaba autorizado para firmar por él, según confesión judicial que en otra ocasión hace Delarroche. Entre las firmas que ni niega ni reconoce está la que ya había manifestado sí ser suya, o sea la de conformidad de saldo por $ 129,618.64, fechada en Riosucio el 17 de agosto de 1927.

Dados estos antecedentes y el contexto mismo de la diligencia, ya calificada de manifiesta evasiva, y siendo por lo demás cier-

to que tales documentos no están tachados de falsos, es preciso tenerlos ahora como reconocidos por Delarroche (arts. 207, 639, 643 y 645 del C. J.).

Pues bien, con excepción del giro número 10 por 7,500 dólares, los giros números 9, 11, 12 y 13, por los respectivos valores y fechas que expresan las cartas aquéllas, son los que Canalizo llevó al débito de Delarroche en el cuadro de contabilidad.

Conformidad de saldo por $ 39,309.91.—En Riosucio, a 5 de abril de 1928, suscribe Delarroche una nota de conformidad de saldo dirigida a Canalizo con el siguiente contenido: "Consta por la presente que he examinado cuidadosamente el extracto de mi cuenta con su apreciable casa, cortada hasta el día 31 de marzo de 1928 pasado, y que se encuentran de conformidad todos asientos, así como el saldo a mi contra de $ 39,309.91 oro americano".

Este documento es de aquellos que Delarroche se negó a reconocer evasivamente en la ocasión ya referida. Pero como ha sido objeto de pruebas especiales relativas a la ocasión en que se firmó y a la persona que lo suscribió, su valor probatorio ha de deducirse de estas últimas pruebas y no de la confesión ficta, por evidente y justificada que sea esta última.

Al absolver posiciones manifiesta Delarroche: "Con respecto a la firma de conformidad de saldo, advierto que cuando yo estaba agenciando vehículos para transportarme con el señor Mays a Supía, ya cerrado el negocio, a presencia de varios testigos, dicho señor Mays exigió a mi empleado Alejandrino Vargas firmara la nota diciendo que no tenía ningún valor puesto que estaba todo terminado y no había diferencia de ninguna clase, y como Vargas estaba autorizado por mí para poner mi nombre y se convenció de que dicho papel no tenía valor alguno, efectivamente estampó mi firma. De esto último tiene conocimiento el señor Mays y por este motivo le puso la firma; de la autorización tengo comprobante existente en correspondencia con el mismo señor Mays. Y tan cierto es que sucedió la transacción con el señor Mays que éste estuvo ofreciendo en venta la finca de San Pascual, tratando de ganarle la suma de $ 5,000 del precio en que me la tomó a mí, de lo cual tengo también comprobantes".

Por su parte, el empleado y secretario Vargas declara: "La firma que aparece al pie de la nota conformidad de saldo y que ción del adversario, con quien se estaba tran y letra y la estampé allí porque para ello estaba y estoy autorizado por el señor Gabriel Delarroche Ch., como empleado que soy de éste, en el manejo de sus cuentas y negocios; pero como el señor Gabriel Delarroche le había dicho el día 4 por la noche de ese mismo mes al señor Wallace R. Mays que él no le firmaba nada, es decir, documento, otro contrato, hipoteca o reconocimiento fuéra del que le tenía firmado a él en Medellín, este señor Mays, sabiendo que yo podía estampar la firma por Gabriel Delarroche, me dijo que le pusiera la firma, pues solamente tenía por objeto comprobarle él a Canalizo que había transado con Delarroche mediante una negociación y yo, testigo de que ellos habían arreglado, puse la firma por Gabriel Delarroche, sin que esto quiera decir que éste se obligara a reconocer lo hecho por mí y mucho menos aceptarlo" (folio 78, cuaderno 1º).

Pero una cosa es la frustrada transacción en virtud de la cual Delarroche entregaba a Canalizo una finca rural en pago del saldo que Delarroche resultaba a deberle a Canalizo a la conclusión de sus cuentas, estimada en $ 45,000, y para que Canalizo le devolviera $ 5,000, aunque Delarroche afirma en el juicio que la finca no alcanza a valer aquella cantidad, proyecto de transacción que en líneas generales acepta como cierta Canalizo, y otra cosa muy distinta es que, con motivo de esa transacción, entre el apoderado de Canalizo, señor Mays, y el empleado secretario de Delarroche, señor Vargas, se hubiera consumado la escena referida por este último, de determinarse Vargas a firmar el comprobante de conformidad de saldo por la circunstancia de haberle manifestado Mays que suscribir esa nota y aceptar ese saldo no era cosa de importancia.

No implica esto un hecho nuevo o circunstancia aditiva de una confesión y por tanto no puede dividirse en contra del confesante, pues es la razón o motivo de la confesión misma que la parte ha hecho en juicio. Pero así tomada la confesión íntegra o indivisiblemente, la realidad de su contenido, haber suscrito el documento, no queda desvirtuada por la sola consideración de que quien lo suscribió haya creído que su firma no tenía trascendencia. El aludido Vargas es persona que a través del expediente aparece actuando al lado de Delarroche en los negocios de éste, con plena conciencia de sus actos y manejando valores de la consideración que tuvieron los de su patrón con Canalizo, para que sea aceptable como verosímil, y mucho menos como prueba, que la simple insinuación del adversario, con quien se estaba tran

sando serias diferencias, hubiera sido la circunstancia determinante para que esa persona, avisada y de confianza, se determinara a firmar. Y cabe anotar que precisamente respecto del saldo en cuestión era de exigir el mayor cuidado de parte del secretario de Delarroche, por tratarse de saldo definitivo, en cuanto ya no había más negocios entre las partes y ellas se ocupaban de arreglar las diferencias surgidas con motivo de las operaciones anteriores. Y, finalmente, una mínima prudencia exigía que no se firmara sin salvedades o condiciones un documento de saldo definitivo cuando la transacción que en concepto del confesante le quitaba toda importancia a la firma no era en firme, sino ad referendum, de la casa comercial de Canalizo.

Delarroche lo ha comprendido así, puesto que hace notorio hincapié en que fue a presencia de varios testigos como Mays le exigió a su empleado Vargas que firmara la nota diciéndole que no tenía valor por estar arreglada la diferencia, prueba que habría sido la pertinente para tener la firma como intrascendente y dictada por las circunstancias de que la rodea la confesión de Delarroche, pero que éste no ensayó siquiera traerla al juicio.

Ahora bien, ese mismo es el saldo que arroja el cuadro de contabilidad de Canalizo a su favor y a cargo de Delarroche, sentado con fecha 1º de abril de 1928, y resultado del cargo en débito de los giros 9, 11, 12 y 18 y del abono en crédito de las varias remesas de café sobre cuya gestión de venta le rindió cuentas Canalizo a Delarroche, y además de estos cargos y créditos, que son los que alimentan la cuenta en su totalidad, dicho saldo es el resultado también de cargos y débitos por razón de intereses, comisiones y gastos propios de los negocios.

Es preciso, pues, tener por cierto que la firma de la nota de conformidad de saldo por $ 39,309.91 prueba plenamente contra Delarroche, aun tomada esta prueba con independencia de las restantes, pero además la realidad del saldo reconocido está respaldado por esas otras pruebas restantes, así por giros débitos como por abonos de café con sus respectivos intereses, que fueron siendo materia de artículos o asientos llevados al cuadro extraído de los libros de contabilidad de Canalizo.

Establecida esa conformidad es preciso todavía ver cómo opera jurídicamente ese saldo en los negocios de cuenta corriente habidos entre las partes; y como punto de previa resolución hay que estudiar el valor probatorio del cuadro extracto de los libros de contabilidad de Canalizo, ya que éste cobra a Delarroche un saldo tomado de sus libros, mayor de $ 39,301.91.

Valor probatorio del cuadro —extracto— de los libros de contabilidad de Canalizo

El negocio fue celebrado y ejecutado por un comerciante (Canalizo) y otro que no lo es (Delarroche), lo que está conforme con el art. 732 del código de comercio. El primero está obligado a llevar cuenta regular de sus negocios (art. 27 ib.), aunque la forma sea la del uso o costumbre de su principal establecimiento (lex sitae). El segundo no tiene esa obligación por no ser comerciante, pero quedó sujeto en cuanto a las controversias que ocurran sobre la operación de comercio que celebró accidentalmente, a las leyes y a la jurisdicción del comercio (art. 10 ib.). No hay por qué suponer, puesto que en el juicio no se ha hecho la menor sugestión en contrario, que los libros de la casa comercial de Canalizo no estén llevados regularmente. El extracto se trajo debidamente autenticado por las autoridades colombianas.

El valor probatorio de los libros de comercio, en las varias hipótesis que se pueden presentar, y entre ellas la de litigio por razón de un acto de comercio entre el comerciante profesional y el que no lo es, está regulada por los arts. 39 a 59 del código de comercio. Los libros del comerciante, por no tratarse de una causa mercantil con otro comerciante, no hacen plena prueba contra este último, pero el primero tiene derecho a que se tomen tanto a su favor como a su contra, puesto que la fe debida a ellos es indivisible (arts. 43 y 48 del código citado). Pero como se trata, según lo dicho, de una cuestión mercantil con persona no comerciante, los libros de Canalizo sólo establecen un principio de prueba que necesita ser completada por los medios probatorios que sanciona el derecho para que obren plenamente contra Delarroche.

Pues bien, ya se ha visto que puesto en relación dicho cuadro, extraído en copia auténtica de sus libros por un Notario cuya firma y cargo están debidamente autorizados en el juicio, las partidas, asientos o artículos llevados a él por débito y crédito, están acreditadas por otros medios probatorios que completan el principio de prueba escrita que en el litigio merecen esos libros conforme al art. 49 del código de comercio. Esos medios ya se han analizado: para los

cargos créditos a favor de Delarroche, con las cuentas de gestión de venta de café que fueron oportunamente presentadas por Canalizo y que hay que tener por aceptadas por Delarroche, conforme al contrato; para los cargos débitos por giros de Delarroche contra Canalizo, la materia se divide en dos partes: para los giros 1 a 8, Delarroche dio la conformidad de ese saldo parcial en nota suscrita en Riosucio el 17 de agosto de 1927, cuya autenticidad reconoció en el juicio, aunque, como muy bien lo advierte Delarroche, ese saldo es de los parciales del curso del negocio y no definitivo; y para los giros 9, 11, 12 y 13, hay una confesión ficta de parte de Delarroche.

Todos esos documentos (cartas en máquina y en impresos de adhesión), obraron en autos, y algunos desde la demanda, con conocimiento de la parte obligada, o sea de Delarroche, sin que éste los redarguyera de falsos, salvo uno, cuya tacha no probó (art. 645 del C. J.). Siendo así, estaba de sobra la diligencia tomada por la contraparte para que los reconociera expresamente durante el término probatorio; y ni aun en esta última ocasión Delarroche se atrevió a desconocerlos como firmados por él o por su secretario (autorizado también, según el confesante, para firmarlos), aunque eludió, eso sí, la respuesta categórica, evasiva que no puede aprovecharle en virtud de lo previsto por el art. 643 del C. J.

Faltarían por comprobar partidas referentes a pequeños cargos de gastos y a débitos y abonos por intereses de remesas recíprocas, también llevadas a la cuenta o cuadro, pero cuya falta de comprobación se suple con una simple operación numérica, ya que los intereses tienen un tipo o tasa convenido en el contrato y se conocen las respectivas partidas sustantivas que producen tales intereses.

El saldo de $ 39.309,91 es el definitivo, o capital productivo de intereses, de que habla el art. 742 del código? No hay inconveniente en tomar como tal el referido saldo que confesó Delarroche como resultante a su cargo al corte de cuentas de 31 de marzo de 1928, si se considera, como es verdad, que después de esta última fecha no hubo más operaciones entre las partes por razón del negocio. Y si con posterioridad al 31 de marzo de 1928 y hasta el 1º de julio del mismo año el cuadro trae un cargo débito por $ 112,50, no hay de esta partida razón ni comprobación algunas en el expediente. Las restantes que trae el cuadro, posteriores al 31 de marzo, son cargos débitos por razón de intereses, que están autorizados por el contrato y además se conforman al uso comercial regulado por los arts. 730 y siguientes del código; según el art. 742, el saldo definitivo o parcial será considerado como un capital productivo de intereses.

De manera que si esos $ 39.309,91 fueron el saldo cuya conformidad confiesa Delarroche y resulta que no es parcial sino definitivo, y por otra parte él se ajusta y coincide con el cuadro de los libros de la casa comercial demandante, constituye el elemento suficiente para condenar al pago demandado en subsidio del saldo rígido pedido principalmente en el libelo.

Sobre que los negocios de cuenta corriente están concluídos no ha habido dudas ni contradicción entre las partes.

Para fijar la fecha desde la cual Delarroche ha de pagar a Canalizo los intereses del saldo definitivo reconocido por esta sentencia a favor de dicha casa y a cargo de Delarroche, hay que tener en cuenta la cláusula 16ª del contrato contenido en la escritura Nº 57, cláusula que atrás se transcribió, y según la cual los intereses contractuales del 6 por ciento sobre el saldo definitivo, han de correr desde el mismo día en que ha de pagar el saldo definitivo, o sea quince (15) días después de que se le presenten las cuentas, dice la mencionada cláusula. El saldo reconocido por la Corte es aquel cuya conformidad expresó Delarroche en nota fechada en Riosucio el 5 de abril de 1928. Quince días después, o sea a partir, inclusive, del 21 de abril de 1928, es la fecha inicial de los intereses. La súplica cuarta del libelo de demanda pide los intereses del saldo (en subsidio del saldo rígido que pretende la súplica 2ª), computados desde la fecha en que aparezca liquidado dicho saldo; la liquidación aparece hecha en 30 de marzo de 1928, pero, según se advirtió ya, no pueden computarse sino desde los 15 días posteriores al de la presentación de la cuenta, o sea el 21 de abril, pues el reconocimiento del saldo de cuenta lo hizo Delarroche el 5 de abril.

En cuanto a excepciones perentorias, Delarroche invocó en general las que resultaran opuestas al fondo o derecho del actor, y solamente podrían tenerse por tales los hechos de su propia reconvención, sobre rendición previa de cuentas, en lo cual, se ha visto, no tiene razón. Y por parte de Canalizo, a la previa rendición de cuentas que exige Delarroche en su demanda de reconvención, le opuso excepciones que van envueltas en el reconocimiento que se hace de

la demanda principal. Por eso en la parte resolutiva se dirá que no es el caso de declarar probada ninguna excepción perentoria entre las partes.

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, casa la acotada sentencia del Tribunal Superior de Manizales de fecha doce de julio de mil novecientos treinta y cinco pronunciada en el juicio promovido por la sociedad comercial de E. A. Canalizo & Cº Inc., contra Gabriel Delarroche Ch., y en que éste contrademandó a aquélla; y en su lugar, resuelve:

1º—Están concluídas las cuentas corrientes habidas entre las partes, de que tratan las escrituras números 57 y 1190, ambas pasadas ante el Notario 4º de Medellín, el 13 de enero y el 11 de mayo de 1927, respectivamente;

2º—Condénase a Gabriel Delarroche Ch. a pagarle a la sociedad de "E. A. Canalizo & Cº Inc.", dentro de los seis (6) días posteriores a la ejecutoria de esta sentencia, la suma de treinta y nueve mil trescientos nueve pesos con noventa y un centavos ($ 39,309.91) oro americano, más los intereses de esta suma, al seis por ciento anual (6%), computados desde el veintiuno (21) de abril de mil novecientos veintiocho (1928) hasta el día del pago;

3º—Absuélvase a la mencionada casa comercial de Canalizo de los cargos de la demanda de reconvención;

4º—No es el caso de declarar probada ninguna excepción perentoria entre las partes;

5º—No se hace condenación en costas;

6º—Queda en estos términos totalmente reformada la sentencia de primera instancia.

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. Emilio Prieto Hernández. Srio. int.

DEMANDA SOBRE RESTITUCION DE UN CAFE.—OBLIGACIONES DEL MANDANTE O COMITENTE EN RELACION CON TERCEROS, POR LOS ACTOS DEL COMISIONISTA. MANDATO.—COMISION.—DEPOSITO.

La apreciación de indicios hecha por el Tribunal es respetable para la Corte mientras la demanda de casación no demuestre que aquél incurrió en errores manifiestos de hecho o de derecho. La calificación de AGENTE no excluye la de COMISIONISTA: una y otra son especies de mandato comercial, según el art. 332. El interés de saber si una determinada operación ha sido ejecutada por un comisionista en nombre propio o en el de su mandante dice orden a los terceros que contrataron con el comisionista, y no a éste con su mandante, respecto del cual en uno y otro caso conserva los derechos y obligaciones de mandatario comercial (art. 362, inciso 2o.). Es a los terceros a quienes importa la distinción para saber si deben tomar por deudor al comisionista o al mandante. Los artículos 356 a 361 del Código de Comercio son la expresión del fenómeno jurídico denominado mandato sin representación, que consulta la índole del cargo de comisionista, dada su misión en los negocios mercantiles. Pero el art. 362 del mismo código vuelve a colocar al comisionista, para cuando no sea dudoso que obró en nombre de su comitente, dentro de la regla general de la representación envuelta en el mandato. Las verdaderas relaciones que realmente existan entre mandante y mandatario no son oponibles a los terceros con quienes contrate el mandatario mientras la extensión o contenido real de los negocios no hayan podido ser suficientemente conocidos de éstos a través de los poderes exhibidos por el mandatario. Y al contrario, los terceros de buena fe tienen el derecho de acogerse a la extensión de los poderes ostentados por el mandatario a diligencia y pesquisa del mandante. El hecho de depositar café en poder de un comisionista no envuelve la categoría de un hecho que se regule por la costumbre mercantil y que deba probarse de acuerdo con ella. La naturaleza del contrato de depósito no se opone a que se constituya sobre determinado número de arrobas de café entregadas por bultos o lotes de peso o volumen más o menos regulares y de calidad cierta y determinada, un contrato de depósito que tenga por objeto de él tales especies.

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

Magistrado ponente: Dr. Antonio Rocha.

Hechos

Juan María Montoya, vecino de Armenia (Caldas), y catorce personas más, por medio de apoderado, demandaron por la vía ordinaria a "Grace & Co. Central Americana", corporación mercantil organizada bajo las leyes del Estado de Delaware, Estados Unidos de Norte América, domiciliada en Colombia, con sucursal en Armenia, para que se declare:

"1º Que Grace & Co. están obligados a devolverle a cada uno de mis poderdantes la correspondiente cantidad de café remitida por él mismo a la trilladora La Calarcá, conforme a la cantidad y calidad que reza el respectivo hecho fundamental de esta demanda.

"2º Que Grace & Co. están en mora de hacer la entrega desde el 20 de septiembre último, o desde la fecha que se establezca en el curso del juicio.

"3º Que deben pagar los perjuicios ocasionados con la demora, ya se fijen en el presente juicio, o en juicio diferente en subsidio.

"4º Que deben pagar las costas del juicio.

Antes de que Grace & Co. contestaran la demanda, el apoderado de los actores manifestó que el juicio lo seguía solamente a nombre de Juan María Montoya y que los catorce restantes prescindían de adelantarlo. Efectivamente, el actor sólo ha sido el precitado Montoya.

A continuación expresa la Corte una síntesis de los hechos básicos de la demanda y de su respectiva contestación, sin perjuicio de transcribir textualmente aquellos que así lo requieran para fijar con más exactitud la posición de las partes o por la importancia que ellos hayan asumido después en el debate.

Manifestó el demandante Montoya que la casa Grace tenía abierta una oficina principal en Armenia atendida por un Gerente o apoderado general, para negocios de compra de café, y oficinas secundarias servidas por agentes compradores en Calarcá y otras plazas del país. La Grace contesta que "no

son agencias lo que tiene la casa, sino contratos de depósito".

"Es costumbre muy usual entre los productores de café y los compradores —dice el demandante Montoya— que los primeros van haciendo, a medida que van recolectando sus cosechas de café, el depósito de éste en los almacenes o graneros de los compradores, de lo cual se otorga al productor propietario el respectivo comprobante, para que pueda retirar el café o venderlo cuando lo estime conveniente".

La Grace cosidera que el enunciado anterior contiene una apreciación general del demandante quo no está obligada a contestar.

Continúa el actor diciendo que en Calarcá existía uno de esos depósitos puesto por la casa Grace bajo la administración del señor L. Botero, quien expedía los recibos del café que entraba, en compra o depósito; afirmaciones que la Grace niega en lo general.

En seguida el demandante Montoya relata la intervención que en el negocio tuvo la oficina de Jesús Carmona en Calarcá, y las relaciones que le atribuye con la casa Grace, a saber:

Que el nombrado Carmona mantuvo abierta para el público esa oficina con un aviso escrito en grandes caracteres, sobre la puerta de la calle, que decía, "Jesús Carmona T., Agente de Grace & Co.", por más de dos años, durante los cuales estuvo en inmediata relación de dependencia con la gerencia de la Grace en Armenia y fue su mejor "colaboradora" (sic) para compras de café en el municipio de Calarcá; que la oficina de Carmona era el único intermediario entre los productores del grano y la gerencia de Grace; que en su oficina existió permanentemente y por dos años un servicio telefónico con la gerencia de Grace en Armenia, de propiedad y dependencia de ésta y sostenida por ésta, que pagaba los impuestos municipales; que Grace & Co. celebraron con la American Surety un contrato de seguro en que se estipuló que Carmona era su agente para compras de café en Calarcá; y que ante el público pasaba Carmona como agente de Grace.

Respecto de estos hechos, por ejemplo de la existencia del aviso en la oficina, la casa Grace los niega en lo general, o por lo menos manifiesta que algunos de ellos no está obligada a contestarlos. Respecto del teléfono dice que "existía una conexión telefónica para las oficinas, pero no una dependencia" y que los impuestos municipales eran de cargo de la casa Grace como única concesionaria del permiso concedido por el Gobierno sobre la línea. En lo tocante al seguro de Carmona como agente de la Grace, dice que no es cierto, "pues la American Surety Company se comprometió como fiador de Carmona a pagar las pérdidas pecuniarias que la casa Grace sufriera en dinero o en otros bienes por razón de cualquier acto o actos de robo, dolo, fraude, suplantación, desfalco, hurto o abuso de confianza, que Carmona cometiera directamente o como cómplice de otros, pudiendo ejercitarse las acciones criminales, sin perjuicio de las civiles, contra los autores, cómplices, auxiliadores o encubridores del delito".

Después de relatar los antecedentes continúa el demandante diciendo que bajo todas esas circunstancias sucedió que "el señor Juan María Montoya, con orden de Jesús Carmona, remitió a la trilladora La Calarcá, en calidad de depósito disponible y a su orden, la cantidad de, "en total 1033 arrobas y 22 libras de café, seco de trilla y de buena calidad". Este hecho lo niega rotundamente la casa demandada.

A este respecto el demandante Montoya acompañó al libelo un triplicado de talonario de la casa Grace, en parte impreso, firmado por el administrador de la trilladora La Calarcá, L. Botero, relativo a las entregas parciales, de un mismo tenor, salvo la variación de las arrobas de café entregado en cada ocasión, del nombre del conductor, o caporal, y de la fecha, pero cuyos caracteres comunes, que coinciden en todos los recibos, son:

Recibido de ..... (el respectivo caporal o conductor).

Que remite ..... Juan María Montoya
Por orden de ..... Jesús Carmona
Por cuenta de ..... Grace & Co.

El hecho de haber recibido el café está aceptado por la casa Grace en el curso del juicio; y los papeles de recibo también están reconocidos.

Afirma también el demandante que sobre ese café no ha habido contrato alguno traslaticio de dominio ni distinto al de depósito en que fue consignado; que no ha sido devuelto a Montoya, no obstante las solicitudes verbales y escritas de éste a la casa Grace, pues en carta al respecto que presenta con la demanda, la Grace le manifiesta que ningún contrato ha celebrado con Montoya, ni ha tenido con él relaciones comerciales; y termina con la siguiente afirmación, que corresponde al 37º y último hecho de la demanda:

"37º En el convenio celebrado entre el señor Carmona y mis poderdantes para en-

viar el café a la trilladora La Calarcá, hubo dolo por parte de Carmona, o de Grace & Co., o de ambos, toda vez que Carmona se ha anunciado al público por parte de Grace, y éstos le niegan tal carácter, no obstante la ejecución de hechos repetidos y permanentes que le hacen ostentar ante el público el carácter de tal agente".

Respecto a que no haya habido contrato que dé lugar a la transferencia del dominio del café, contesta la casa Grace que la tradición de cosa mueble se perfecciona con la entrega, y que la posesión, en tratándose de muebles, equivale al título de dominio; que es un candor reclamar a un poseedor de buena fe cosas fungibles que adquirió con justo título. Niega pues en general las afirmaciones del actor, y protesta de los cargos de dolo y de falta de honorabilidad que el actor hace contra la compañía demandada.

Para fijar mejor la posición jurídica asumida por la entidad demandada, es necesario agregar que ésta, en su contestación, propone varias excepciones, que califica con los nombres de "causa ilícita en la demanda", "dolo", "falsedad", "nulidad en el cuasicontrato de litis contestación" (sic), "simulación" y "carencia de acción", de cuyo contexto resulta que la casa Grace, protestando no admitir la narración de hechos que hace el actor en todo lo que pueda ser desfavorable para la Grace, dice que ellos se refieren a negocios celebrados por el demandante Montoya con Carmona y no con la casa Grace; que esos cafés fueron vendidos por Carmona en su propio nombre a Grace & Co. y que ella se los pagó; que los recibos de la trilladora no los admite para el demandante Montoya sino para Carmona, y que entre estos dos existe una confabulación para demandar a la Grace.

Sentencia de primera instancia

El Juez del Circuito de Armenia falló el litigio en su oportunidad, en el sentido de absolver a la casa Grace de la obligación de devolver el café a Montoya y de los demás cargos, y se abstuvo también de condenar a éste al pago de las costas del juicio. El Juez llegó a esa conclusión considerando que apenas hay indicios de que Carmona fuera agente de Grace, pero agrega que aun cuando se hubiera demostrado plenamente su calidad de agente, como comisionista se supone que contrató a nombre propio y no de su comitente, y por tanto que se obligó personal y exclusivamente, según los arts. 356 y 357 del Código de Comercio, y 2177 y 2180 del C. C. Considera que la casa Grace es poseedora de buena fe de una especie de mueble, y que su posesión equivale a título, mientras no se demuestre, como no se demostró, uno distinto, y que Montoya, que evidentemente es acreedor al café o a su valor, ha demandado con error a quien no está obligado con él. Para el Juez es Carmona y no la Grace quien debe devolver el café o pagar su valor a Montoya, y por falta de acción de éste contra la casa Grace, la absuelve.

Sentencia recurrida del Tribunal

También en su oportunidad procedimental, con fecha 25 de julio de 1934, falla en definitiva el litigio el Tribunal Superior de Pereira, en sentido contrario al del inferior, cuya sentencia revoca, y en su lugar declara:

"1º Que Grace & Co., C. A., sociedad mercantil extranjera, con sucursal en Armenia, jurisdicción de este distrito judicial, está obligada a devolver a Juan María Montoya, mayor y vecino de Calarcá, la cantidad de 1033 arrobas 19 libras de café pergamino, de trilla y de buena calidad en la plaza de Calarcá y dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

"2º No probó el demandado ninguna de sus excepciones.

"3º Se absuelve al demandado de los demás cargos de la demanda.

"4º Sin costas".

A estas conclusiones llega el Tribunal después de considerar:

En cuanto a los hechos, cuya prueba fue aumentada en segunda instancia:

Que de "documentos" (que llevan a su ánimo, dice, la conclusión evidente), resulta que Carmona sí era empleado y agente especial de la casa Grace para compras de café; que el demandante Montoya, previo entendimiento con el mencionado agente de la Grace (Carmona), le entregó a esta casa, en la trilladora La Calarcá, 1033 arrobas y unas libras de café en pergamino, de trilla y buena calidad; y que en virtud de la negativa del agente Carmona y de la casa Grace a devolvérselo a Montoya, resulta clara la causa o razón de la demanda de Montoya para exigirle a la casa Grace la restitución del café.

En cuanto a los triplicados de los recibos, expedidos por el administrador de la trilladora de Grace en Calarcá, y que presenta al juicio el demandante Montoya, el Tribunal los encuentra faltos de técnica jurídica y obedientes a fines de la contabilidad interna y del control de los empleados de la

trilladora, pero en cuanto a las expresiones usadas en dichos recibos: "Recibido", "que remite", "por orden de", "por cuenta de", la mayoría de la Sala de Decisión del Tribunal entiende que no puede remitir sino el dueño del café, por orden de un simple intermediario (que es Carmona), entre el "dueño o remitente" y la casa Grace por cuya cuenta se recibió; y obligada por razón del recibo (folio 82 y especialmente al empezar el 82 vuelto).

Entiende la mayoría de la Sala de Decisión del Tribunal que la expresión "por orden de" equivale a decir "por mandato de", porque está demostrado en autos, plenamente, que Carmona era agente o mandatario de Grace para compras de café en Calarcá, no sólo por virtud de muchos indicios sino porque en el libro mayor de la casa Grace se halló su nombre incluído en la cuenta titulada "agentes y vendedores", de donde resulta que no puede ahora cambiarse su calidad de agente por la de dueño o vendedor, como lo pretende la casa Grace. Los contratos, dice el Tribunal, se interpretan, entre otros modos, por la aplicación práctica que hayan hecho de ellos ambas partes, o una de ellas con aprobación de la otra (artículo 1622 del C. C.), y así, estando demostrada la calidad de agente de Carmona, la orden de entrega que éste dio del café no puede ser la del dueño del café sino la del mandatario. El dueño no puede ser sino Montoya, cuyo nombre está colocado en calidad de remitente, y por eso en su poder estaban los triplicados que expidió la Grace, y por eso su nombre, el de Montoya, figura en los recibos, pues si el café ya lo hubiera vendido a Carmona cuando se llevó a la trilladora, no se explicaría la inclusión de su nombre en tales recibos ni la entrega de éstos a Montoya.

En cuanto al derecho, considera el Tribunal que el mandatario (Carmona), obra por cuenta y riesgo del mandante (Grace) y obliga a éste al cumplimiento de las obligaciones que a su nombre ha contraído el mandatario dentro de los límites del mandato, y a veces también cuando extralimita esas atribuciones. La tesis legal del Tribunal, así resumida, la apoya en los arts. 2142, 2149, 2150 del C. C.; y 331, 336 y 338 del de Comercio.

Conviene advertir que más adelante agrega el Tribunal: "No quiere terminar la Sala sin expresar que Carmona fue un agente comercial de la casa Grace & Co. y por consiguiente un mandatario suyo a quien no es necesario meter dentro de los moldes del comisionista de que trata el Código de Comercio (subraya la Corte), para concluír que el mandante se verificó y por consiguiente que las convenciones de éste con terceros respecto a cafés entregados a la Grace, a ella le obligan; y si puede decirse que la posesión, tratándose no sólo de bienes raíces sino también de muebles, continúa el Tribunal, es título bastante para acreditar el dominio cuando se tiene con ánimo de dueño, debe expresarse también que este artículo cae por su base cuando otra persona justifica serlo. Y aquí Juan María Montoya ha justificado ser dueño del café, en tanto que la Grace no ha probado que se lo haya pagado a Montoya, ni a su pretendido vendedor Carmona".

También al estudiar las excepciones de la parte demandada, insiste el Tribunal en anotar que ella no probó que Carmona le hubiera vendido el café, que se lo hubiera pagado, que se lo hubiera vendido a su propio nombre, ni que las relaciones de la Grace fueran directas con Carmona y no con terceros por intermedio de éste. Como alrededor de estos hechos, que resumen la posición jurídica de la parte demandada, rueda sus excepciones, concluye el Tribunal que no fueron demostradas.

Finalmente, el fallador considera que no puede aceptarse que haya habido mora en la entrega del café y al respecto dice textualmente:

"... Si era para venta futura que se consignaba, había una especie de promesa que daba derecho hasta de disponer del grano; porque los perjuicios ocasionados con la demora tienen igual objeción; y porque las costas del juicio no serían justificables cuando la primera instancia le fue desfavorable...."

Por estas razones reduce la condenación final contra la casa Grace a la entrega del café y la absuelve en lo relativo a las otras prestaciones demandadas.

Uno de los magistrados salvó su voto, por desacuerdo con la conclusión final y con las razones expresadas en la parte motiva.

Es de este fallo que ha recurrido en casación la Grace como demandada. El actor no recurre.

Cargos del recurso

A nombre de la casa Grace, el recurrente acusa el fallo anterior por el motivo designado con el ordinal 1º del artículo 520 del C. J.: Ser tal fallo violador de textos legales sustantivos, por los varios extremos que la Corte resume en seguida.

Primer extremo: Supone el recurrente, en gracia del razonamiento, que realmente hubiera hecho Montoya un depósito de café

a la casa Grace y que por tanto corriera a cargo de ésta la obligación de restituír ese depósito al demandante Montoya, para concluír, pendiente tal suposición, que no por ella procedía la orden de restitución, por faltarle exigibilidad a la obligación de restituír cuando se intentó la demanda y cuando se notificó.

Considera el recurrente que la obligación no era exigible, porque de los recibos presentados como prueba del pretendido depósito, no aparecería un plazo señalado para su restitución, y entonces la mora no existiría, para la casa Grace, sin la reconvención judicial. Y como no procedió requerimiento a la demanda, no pudo haber mora.

Agrega el recurrente que su punto de vista se ve como incontrovertible si además se considera la contradicción en que incurrió a ese respecto el Tribunal, cuando ordena a la casa Grace la restitución del café y al mismo tiempo la absuelve del cargo de estar en mora de restituír.

Que no se diga que la presentación de la demanda equivale al requerimiento, porque la Corte misma ha dicho que no, en sentencia de 11 de noviembre de 1912 (G. J. Nº 1105, pág. 113), bien que el recurrente considera excesiva esa tesis.

En consecuencia, acusa el fallo por haber quebrantado el artículo 1608 del Código Civil, puesto que no lo aplicó al caso del pleito, debiendo aplicarse, para negar la satisfacción de una obligación que no era exigible; y cuando menos lo violó por haberlo interpretado erróneamente al considerar que lo dispuesto en el referido artículo no conduce a que debe absolverse a un deudor de una obligación de aquella de que trata el ordinal 3º del referido texto.

Segundo extremo: Considera el recurrente que los triplicados o boletines expedidos a nombre de la casa Grace por el administrador de la trilladora y entregados por éste a Montoya, no son títulos que sirvan para cobrar ningún depósito, del cual no se habla allí; que ellos solamente expresan un hecho claro y sencillo, y es la entrega de varios lotes de café a la trilladora por cuenta de la casa Grace y no por cuenta de Montoya, sin duda porque el café debió ser adquirido para la casa Grace por Carmona, y que se explica que un triplicado de cada recibo esté en poder de Montoya con el fin de que Montoya le cobrara a Carmona el café entregado por orden de éste a la trilladora; todo lo cual parece indicar que Carmona se lo compró a Montoya para vendérselo a la casa Grace, o si se quiere, lo compró para la casa. Concluye que el sentenciador, al apreciar tales recibos como constitutivos de un depósito, violó los artículos 2253 y 2242 del C. C. por los aspectos que la Corte resume a continuación:

1 a) El 2253, por lo ya dicho, que los recibos no acreditan la constitución de un depósito, y por haber ordenado la restitución de un café que no fue materia de depósito, de donde resulta que el art. 2253 se aplicó sin ser el caso de ser aplicado.

Directamente, o por lo menos por interpretación errónea, al admitir que pueden ser objeto de un depósito cosas de género distintas de dinero, cuando al tenor de ese precepto 2253 y de los 2236 y 2240, el depósito no puede referirse sino a "cosas individuales", "cosas corporales", "especies", o "cuerpos ciertos", lo que anda acompasado con la responsabilidad del depositario, que la ley limita sólo a lo depositado, según el principio de que genera non pereunt.

1 b) El 2242 del C. C. también se quebrantó a causa de los mismos errores en la apreciación de los recibos de la trilladora, porque el depósito no aparece constituído por escrito siendo como es mayor de $ 500, y entonces, a falta de la prueba escrita, el depositario ha de ser creído sobre su palabra, sea en orden al hecho mismo del depósito, sea en cuanto a la cosa depositada o al hecho mismo de la restitución. Considera el recurrente que si ese artículo se hubiera aplicado, habría sido denegada la restitución.

1 c) En seguida se refiere el autor del recurso a la carta que pasó Carmona por medio de apoderado a Montoya y llama la atención de la Corte hacia la frase en que Carmona manifiesta que ha suspendido operaciones y "cesado por consiguiente en los negocios de compras" y le indica a Montoya que acuda a la casa Grace para que le pague o le devuelva sus consignaciones, con lo cual Carmona no se da por agente de la casa sino que da a entender que en sus operaciones obraba en su propio nombre y por su cuenta, pues de no, habría dicho que por haberse separado de los negocios de los casa les avisaba que deberían seguir entendiéndose con ella para la liquidación de sus negocios. Y se refiere también el recurrente a las dos declaraciones en que Montoya expone que hizo depósitos de café para ventas futuras, pero de manera vaga, sin expresar las cantidades, ni el tiempo, ni las condiciones. Y dice que ni la carta ni las declaraciones son prueba de la celebración de un contrato de depósito con la casa Grace, ni de una promesa de venta del café a ésta. De lo cual se deduce que el Tribunal cometió errores de derecho y de hecho, que aparecen de modo manifiesto en los au-

tos al estimar la carta y las declaraciones, que lo condujeron a quebrantar también los artículos 2253 y 2242 del Código Civil.

1 d) Argumenta asimismo que de los libros de cuenta exhibidos por la casa Grace a solicitud del demandante, resultó la verdad de los sostenidos por ella: que no ha tenido negocios con Montoya, y que por tanto no tiene con él vínculo alguno; que el café aparece abonado a la cuenta de Carmona, lo que coincide con los boletines o recibos que dicen que el café se recibió por cuenta de la casa Grace y que fue remitido por orden de Carmona; en otros términos, que el café se lo vendió Montoya a Carmona y éste a la Grace. De manera que el fallador, al dejar de apreciar la prueba resultante de los libros y comprobantes exhibidos en la inspección ocular, incurrió en error de hecho evidente, que lo condujo a violar los artículos 2253 y 2242 del civil y se llevó de calle el 48 del de Comercio, que debió aplicar y no lo aplicó.

1 e) Que de las posiciones absueltas por el gerente de la Grace & Co., resulta la misma realidad de los hechos, a saber: que Carmona compraba café por su cuenta y que luégo se lo vendió a la casa, la cual no hacía negocios de depósito. Al admitir pues el fallo que Grace, por conducto de Carmona, contrató con Montoya la constitución de depósitos de café, quebrantó los mismos artículos ya citados del C. C., e sean los 2253 y 2242, y además el 606 del judicial, por haberlo aplicado al caso dándoles a las posiciones la fuerza de una confesión judicial sobre la existencia del depósito.

1 f) Que con cuatro declaraciones, debiendo ser siete, y de requisitos que tampoco llenan intrínsecamente aquellas, el demandante intentó probar una costumbre comercial (la de depósito para venta futura). El Tribunal, al darles el valor de prueba de la costumbre, incurrió en manifiesto error de derecho, que lo llevó a quebrantar el artículo 700 del C. Judicial, por no haberlo aplicado para negarle valor a la pretendida prueba sobre la costumbre. Y quebrantó también los artículos 2253 y 2242 del C. C., por falta de aplicación, porque una costumbre no probada no acreditaba los depósitos que admite el fallador.

1 g) Se refiere el recurrente al dictamen de peritos en cuyo concepto los mencionados recibos de la trilladora acreditan a Montoya como dueño del café y contienen una obligación a su favor y a cargo de Carmona, o de Grace. Desestima el recurrente todo valor probatorio al dictamen, porque los peritos dan un concepto de derecho, no de hecho, porque hablan de una costumbre comercial en Pereira, no en Calarcá, y porque la costumbre no se demuestra con dictámenes periciales sino con siete declaraciones de testigos que llenen los requisitos establecidos por el artículo 700 del C. J. De ahí el cargo para el sentenciador de haber incurrido en error de derecho que lo condujo a violar los artículos 705 y 722 del código que se acaba de citar, por no haberlos aplicado al caso del pleito para rechazar la pretendida prueba pericial, que el Tribunal admitió, aunque tácitamente, como demostración de la existencia del pretendido depósito.

1 h) En cuanto a la existencia de una póliza de seguro de vida expedida por el Sol del Canadá a favor de Carmona, la que quedó en prenda en poder de la casa Grace "como garantía adicional para garantizar los saldos que puedan resultar a su cargo" (de Carmona), expresión que, para el recurrente, es considerada por la parte actora como prueba de que Carmona era empleado de la casa Grace y a quien obligaba con sus actos, dice el autor de la demanda de casación que el Tribunal, aunque no mienta la prueba, acepta en el fallo esa tesis del actor, y condena a la casa Grace, cometiendo así dos errores, uno de hecho y otro de derecho.

De derecho, al admitir como prueba de la existencia de un mandato la constitución de una prenda para garantizar saldos indeterminados; y de hecho evidente, porque los saldos pueden provenir no sólo de una administración, sino de muchas otras transacciones civiles o comerciales y no consta que se haya dado la prenda para garantizar obligaciones a cargo de Carmona como mandatario de la casa Grace.

Al darle el Tribunal a esta prueba, aunque tácitamente, la trascendencia de que Carmona era mandatario de Grace, quebrantó, a juicio del recurrente, los artículos 1761 del Código Civil y 637 del Judicial, por haberlos aplicado al caso del pleito, atribuyéndole a la póliza el valor probatorio de un contrato que en ella no consta.

1 i) Alude luégo el demandante de la casación a dieciocho testimonios (los que obran a folios 9 a 29 del cuaderno Nº 2 y 19 vuelto y 20 del 3º), con los cuales da por probado el Tribunal que Carmona era agente de la casa Grace cuando Montoya entregó su café, y que, por tanto, sus actos obligaban a dicha casa, para hacerles algunos ligeros reparos, y decir que acepta en gracia del razonamiento que realmente Carmona hubiera sido agente de la casa Grace en Calarcá, que tuviera en su tienda un cartel enunciativo de esa calidad y un

teléfono de la Grace que le sirviera para comunicarse con ella. Agrega el recurrente que, aún sobre esos hechos, el demandante Montoya no prueba con esas declaraciones que Carmona, procediendo en representación de la casa Grace, hubiera contratado con Montoya depósito alguno de café con carácter de disponible, único hecho que daría a éste el derecho de pedir su restitución, previo, eso sí, el requerimiento judicial, al tenor del artículo 1608 del C. Civil, por tratarse de una obligación que no tiene plazo para su cumplimiento.

Al apoyarse en ellas, el Tribunal incurrió en manifiestos errores de hecho y de derecho: de aquéllos, por admitir que con ellas se demostró la celebración de un contrato de depósito disponible entre la casa Grace y Montoya; y de éstos, por admitir que un contrato de tal clase se puede demostrar con declaraciones relativas a la existencia de un mandato.

Resultado de los errores es el quebrantamiento del artículo 2177 del C. C., conforme al cual el mandatario no obliga al mandante cuando contrata a su propio nombre, y del 356 del Código de Comercio, que establece la presunción legal de que, en caso de duda, se presume que ha contratado en su propio nombre. Hay duda, porque los recibos no expresan que Carmona hubiera obrado en nombre de Grace. Dichos preceptos legales (el 2177 del Civil y el 356 del de Comercio), fueron quebrantados por falta de aplicación.

Finalmente, observa el autor del recurso, que se demandó la restitución de café "seco de trilla y de buena calidad" y se ordenó devolver el café en pergamino "de trilla y buena calidad". El café, al tenor de los recibos, no es todo homogéneo. Y en ellos se habla de calidad "corriente".

De estas observaciones, deduce el cargo de error de hecho en la apreciación de las pruebas, y de consiguiente violación del art. 2253 del Civil, por no haberlo aplicado al caso del pleito, que previene la devolución de las mismas cosas individuales que se le confiaron al depositario, y del 941 del de Comercio, que hace referencia a los textos que regulan la comisión, de los cuales se desprende que no puede obligarse al comisionista a devolver cosa distinta.

Terminada la exposición de cargos, el concepto de la demanda de casación es el que resulta del siguiente resumen:

1º Que no está probado que el demandante hubiera dado en depósito las cantidades de café de que habla.

2º Que los recibos acompañados a la demanda, muestras apenas son de entregas de café a título que no consta en ellos, remitidos por Montoya, por orden de Carmona y por cuenta de Grace & Co., C. A.; y

3º Que suponiendo la existencia y validez del depósito o depósitos, es lo cierto que la obligación de restituirlos no tenía plazo ni condición realizada para su cumplimiento y no era exigible sin previo requerimiento judicial.

Estudio de los cargos

La Corte considera:

La convicción del Tribunal se formó a través de indicios. Los documentos, dice, llevan a su ánimo una conclusión evidente. El Tribunal encuentra que los hechos demostrados por el demandante son indicativos de que Jesús Carmona era agente especial de la casa Grace, y aún algo más: un empleado de la casa.

En efecto, para el sentenciador, la tabla puesta sobre la oficina de Carmona, en que se anunciaba públicamente como agente de Grace; las visitas de los gerentes de esta casa a la oficina de Carmona, de manera que no podían ignorar que éste hacía pública ostentación de ser su agente; la existencia de una línea telefónica al servicio de Grace y Carmona desde la gerencia de Grace hasta la oficina de Carmona; el figurar el nombre de Carmona en los libros de comercio de la Grace como agente vendedor de esta casa; el haber asegurado a Carmona y obtenido el endoso del riesgo para en caso de muerte de Carmona pagarse la casa Grace con el valor del seguro de posibles deudas a favor de Grace y a cargo de Carmona, no obstante que después la casa Grace le devolvió la póliza a Carmona considerando que la manera como le había hecho el endoso no era legalmente garantía suficiente; el haber obtenido la casa Grace de otra compañía de seguros una póliza en que la amparaba directamente contra las posibles pérdida que sufriera por razón de los negocios que tenía con Carmona; y, finalmente, la fama pública que reputaba a Carmona en Calarcá como agente de Grace; todas estas circunstancias llevaron al Tribunal a la conclusión ya indicada de que Carmona era un agente especial de la casa Grace y aún su empleado.

El recurrente ataca algunos de los indicios anteriores para tratar de desvirtuar la conclusión que saca de ellos el Tribunal de que en Carmona radicaba un mandato; solamente toma de entre ellos el de la fama pública y el de una de las pólizas de seguros, con el referido intento; los restantes indicios dice que los acepta en gracia del re-

zonamiento (cartel enunciativo, teléfono, etc.). De ahí los cargos de violación de los artículos 2177 del C. C. y 356 del Código de Comercio; 1761 del Civil y 537 del Judicial, cargos resumidos por la Corte en los apartes 1 h) y 1 i) del capítulo precedente.

Estima la Corte que, como ya lo advirtió, el Tribunal llegó a la conclusión anotada a través de numerosos indicios, y no solamente de los dos atacados por el recurrente, indicios que, relacionándolos entre sí en forma que no merece censura, informaron la convicción y el fallo del Tribunal. La certeza que anima al fallador, formada o inferida mediante la ponderación y análisis de tales elementos de convicción, es respetable para la Corte, mientras los cargos en casación no vengan a demostrar errores manifiestos en la apreciación legal de ellos, sea en orden al valor probatorio de los hechos indicativos, intrínsecamente considerados (error de derecho), sea en orden a la gravedad, precisión y conexión de tales hechos, en relación con la realidad que el fallador creyó deducir (error de hecho manifiesto), de manera que la norma de derecho aplicada por el fallador no pueda subsistir por faltarle ya su apoyo en los hechos.

De aquellos errores de derecho (no estar suficientemente probado cada hecho indiciario, por ejemplo), o de estos errores de hecho (error en las inferencias analógicas primarias, o en las conjeturales analógicas, por ejemplo), puede evidenciarse o manifestarse un error final en la inferencia síntesis o resultado que el fallador creyó que le servía para declarar probado el hecho indicado. Si por tener por probado el hecho indicado resulta indebida o erróneamente aplicada la norma de derecho, se habrá justificado una causal de casación.

También puede suceder que la inferencia resultante, o presunción formada por el Juez (certeza que se produce a través de indicios, o del análisis ponderativo de los demás medios de prueba), sea correctamente formada o inferida; y que el Juez llegue a la convicción de que el hecho indicado corresponde a la realidad. Si a lo largo de la formación de ese proceso legal-moral no resultan manifiestos los referidos errores, la convicción debe mantenerse en casación, y no prospera el ataque sino por indebida aplicación de la norma legal al hecho indicado o inferido, en la misma forma que se ataca por indebida aplicación de éste a un hecho probado por medios ya directos.

Uno de los elementos atacados por el recurrente es el de la fama o concepto público de la gente de Calarcá, que en vista de la ostentación que Carmona hacía de ser el agente de Grace para compras de café, consideró siempre que obraba por cuenta de ésta y para esta casa. El cargo no está enderezado contra el valor intrínseco de los testimonios como medios probatorios, sino por la improcedencia para demostrar un mandato. La Corte estima que el recurrente no tiene razón, porque aún aislando tales testimonios, ellos dicen orden a la ostentación de un mandato, ostentación que ante terceros da lugar a consecuencias jurídicas interesantes como la de apariencia de mandato, y porque dentro del haz o conjunto de indicios que informó el juicio ponderativo o inferencia síntesis del Tribunal no es tolerable que se le destaque de los restantes para analizarlo aisladamente y hacerle perder su fuerza concurrente a una convicción combinada y global.

El otro indicio que el recurrente analiza para rechazarlo como expresivo de mandato, es el del endoso del beneficio de la póliza de seguro de vida de Carmona a favor de Grace, porque dice que la prenda así constituída para garantizar saldos indeterminados pudo prevenir no sólo de los saldos resultantes de una administración, sino de cualesquiera otras operaciones comerciales.

Considera la Corte:

Aunque este indicio peca contra la condición que debe tener todo indicio de ser preciso, en el sentido de que no debe ser equívoco, puesto que dar una prenda (hecho indicador), para garantía de saldos futuros es un hecho-efecto que puede obedecer a otras causas distintas de la que se trata de indicar (deudas provenientes del desempeño de un mandato, hecho por indicar), y en ésta observación está en lo cierto el recurrente, también es cierto que la posibilidad de que el hecho indicador obedezca a otras causas no excluye el que obedezca o provenga del mandato que se induce, y si así no fuere, es decir, si el hecho puede explicarse por razón y en función de otro acto o relación contractual entre Carmona y Grace, esa otra relación jurídica no aparece demostrada, siendo natural que de haberla la hubiera demostrado Grace, a quien interesaba destruír cualquier equívoco. No se trata pues de un hecho de los llamados falaces porque sí tiene relación con los otros hechos indicativos y con el que se trata de establecer, y mientras el equívoco no se destruya, no es injurídico tomarlo como pertinente e indicativo de aquél.

Pero hay más, y es que, como lo observa el mismo recurrente, si bien el Tribunal no lo descarta de entre el conjunto de indicios,

tampoco se apoya expresamente en él, de donde resulta que no puede atacarse la prueba inferida por error manifiesto en la apreciación de un elemento no tomado en consideración.

Permanece pues en pie la conclusión inferida por el Tribunal de que Jesús Carmona, dados esos antecedentes, al intervenir en la operación del café que motiva este litigio, obró como agente-mandatario de Grace. Después se verá la clase de negocio en que intervino, al estudiar otros cargos del recurrente ya relacionados con el depósito.

Continúa el recurrente su demanda atacando el fallo en cuanto el hecho indicado o inferido —haber obrado como agente de la casa Grace— diera lugar a la aplicación de los artículos 2177 del C. C. y 358 del de Comercio, conforme a los cuales el mandatario no obliga al mandante cuando contrata a su propio nombre, y, en caso de duda, se presume que ha contratado en su propio nombre, y considera el recurrente que no fueron aplicados en este recto sentido tales preceptos, o lo fueron acaso en sentido contrario. En otros términos, que dando por probado, en gracia del razonamiento, que con tales indicios se pueda admitir que Carmona obró como agente de Grace, de ese hecho no se deduce la conclusión en derecho a que llega el Tribunal de obligar a Grace, tercero mandante, a responder del acto de Carmona, siendo así que al tenor de la doctrina que informa esas disposiciones legales, el agente obraba en nombre propio y se obligó directamente con el demandante Montoya.

Considera la Corte que la doctrina aducida por el recurrente es inobjetable para cuando el mandatario civil (art. 2177) o el comisionista de comercio (arts. 356 y 357 del C. de Co.), contratan en su propio nombre, o haya de presumirse que así obró, en caso de duda. Pero una solución contraria se desprende de la doctrina que informa tanto los artículos citados como los números 358 a 362 inclusive del mismo Código Mercantil, cuando no hay duda de que una persona, y en especial la que accidentalmente ejecuta un acto de comisionista, obró a nombre de su comitente, que fue el punto de partida del Tribunal. En efecto:

Esa corporación tuvo por cierto, según se ha visto, que en virtud de varias circunstancias, Jesús Carmona intervino en el negocio del café entregado en la trilladora de Grace & Co. como agente de esta casa y no en su propio nombre; y así, aunque no aplique expresamente el art. 332 del código del ramo, como ha debido hacerlo, sí llegó a la conclusión que ese precepto consagra. Para el Tribunal no hubo duda de la manera como contratara Carmona, sino que precisamente advierte que los documentos que analiza llevan a su ánimo la evidente conclusión, dice, de que Carmona contrató por y para la casa Grace. En esa posición, el fallador dedujo un recta conclusión en derecho.

Aparte de lo ya apuntado sobre los antecedentes de Carmona con Grace, contribuye a disipar cualquier duda de la manera como intervino Carmona en el negocio, la circunstancia de que en autos no aparece obrando éste como comisionista profesional, al servicio de cuantas personas quisieran ocuparlo, y ni siquiera como representante de comercio, tipo especial de comisionistas que el tráfico comercial ha impuesto y de que no se ocupa nuestro Código Mercantil, pero que no repugna a la doctrina que lo informa, que sólo se dedica a servir intereses afines de varias casas para agenciarlos con mejor eficacia y garantía. De autos resulta Carmona como un agente de la casa Grace, destacado por ésta en una región cafetera para que le comprara café (véanse posiciones del gerente de Grace, folio 6, cuaderno Nº 2). Las suposiciones del recurrente son pues menos aceptables si Carmona no aparece actuando sobre la base misma de los artículos 356 y 357, que sugieren la posibilidad de que se trate de comisionistas profesionales, que son los que, por conveniencias del trabajo mercantil, suelen obrar a nombre propio y aún ocultando sin revelar el nombre de su comitente o de la persona por cuya cuenta contrata.

Tampoco está de sobra otra observación. La calificación de agente no excluye la noción de comisionista: una y otra son especies de mandato comercial, según el artículo 332. Pero no ha sido actuando como agente en el sentido restringido de agente de cambio o de bolsa como Carmona, a través de autos, ostentaba su mandato, sino en el sentido común de quien tenía facultad o poder para producir o causar algún efecto, es decir como agente de negocios, que por oficio gestionaba negocios ajenos, pero no de un público indeterminado, sino de la casa Grace, cuya dependencia ostentaba en la tabla o cartel de la puerta de la agencia. Siendo así, no puede verse un error evidente del fallador en tener a Carmona como mandatario que obraba en nombre de Grace y no en el suyo propio.

El interés de saber si una determinada operación ha sido ejecutada por un comisionista en nombre propio o en el de su man-

dante dice orden a los terceros que contrataron con el comisionista y no a éste con su mandante, respecto del cual en uno y otro caso conserva los derechos y obligaciones de mandatario comercial (artículo 362, inciso 2º).

Es a los terceros a quienes importa la distinción para saber si deben tener por deudor al comisionista o al mandante. Pero la costumbre comercial, atendidas las conveniencias del tráfico, impuso la solución codificada por nuestro estatuto, de que aún en caso de duda se presuma que el comisionista contrató en su nombre y los terceros tengan acción contra éste y no contra el mandante. Pero el mismo interés permite al tercero probar la verdadera calidad con que el comisionista obró para exigir del mandante, no ya oculto o desconocido, o no ya simple interesado en el negocio, la responsabilidad del acto ejecutado en nombre de él por su mandatario. De ahí que el artículo 359 permita al comisionista reservarse el derecho de declarar más tarde la persona por cuya cuenta contrata, a fin de que, hecha luégo la declaración, el comisionista quede desligado de todo compromiso y la persona nombrada le sustituya retroactivamente en todos los derechos y obligaciones resultantes del contrato. En el caso de autos, la persona del mandante estaba revelada de tal manera inequívoca que algo más que como interesada en el negocio, pudo tomarla el Tribunal como mandante que hacía pública ostentación de tener por su agente a Jesús Carmona.

Los artículos 356 a 361 del Código de Comercio son la expresión del fenómeno jurídico denominado mandato sin representación, que consulta la índole del cargo de comisionista, dada su misión en los negocios mercantiles. Pero el artículo 362 del mismo Código vuelve a colocar al comisionista, para cuando no sea dudoso que obró en nombre de su comitente, como en el caso de autos, dentro de la regla general de la representación envuelta en el mandato. En ésta, y no aquéllas, la disposición aplicable al caso de autos.

No es pues fundado el cargo de violación de los artículos 2177 del C. C. y 356 del C. de Co.

Hay más aún: el agente comisionista, no por profesional independiente deja de ser mandatario allá en sus relaciones con el comitente o mandante, y éste está y debe estar obligado con los terceros que creyeron sin culpa en la existencia del mandato. Si Carmona no tenía con Grace sino las relaciones que con insistencia éste ha pintado en el litigio, de prestatario deudor de dinero que Grace le suministraba para comprarle café y revendérselo a precio del mercado o a comisión o porcentaje, hubo una culpa cuasidelictual de Grace en permitirle a Carmona asumir una calidad distinta ante terceros: la de agente suyo para conseguirle café, que ostentó en la tabla a ciencia y paciencia de los gerentes de Grace. Este ha podido y ha debido reducir esa actitud, engañosa para quienes no conocieran la realidad de sus relaciones comerciales, tomando las medidas conducentes para evitar a los terceros ser engañados por esa apariencia asumida por el agente de Grace, es decir, por Grace mismo. Esa culpa, esa falta de cuidado y precauciones, implica una reparación a favor del tercero de buena fe y ninguna más apropiada como la de obligarlo a responder a los terceros engañados por su culpa en los mismos términos en que lo habría sido por la realidad del mandato.

Dicen relación los otros cargos de la demanda a la especie de contrato o título al cual recibió el café la casa Grace en su depósito de la trilladora, para lo cual se estudian aquéllos empezando por los que contienen reparos de hecho a la interpretación del contrato.

El mismo recurrente, para explicarse el contenido de los recibos expedidos por la trilladora de Grace, acude a hipótesis. Ellos expresan, dice, un hecho claro y sencillo, y es la entrega de varios lotes de café a la trilladora por cuenta de la casa Grace y no por cuenta de Montoya, y agrega "sin duda porque el café debió ser adquirido para la casa Grace por Carmona". Esta hipótesis del recurrente, que coincide con la de la parte demandada a quien representa, no tiene sin embargo apoyo o prueba en autos, y con razón anota el sentenciador que ella no hizo uso de su derecho de probar sus aserciones en ninguna de las instancias del juicio. Continúa el recurrente dando la explicación que para él tiene la leyenda de los recibos y así cree que el triplicado de cada recibo estaba en poder de Montoya con el fin de que éste le cobrara a Carmona el café por orden de éste a la trilladora, y agrega el recurrente: todo lo cual parece indicar que Carmona se lo compró a Montoya para vendérselo a la casa Grace, o si se quiere, para esta casa.

Procede pues que la Corte anote que mientras las explicaciones que el recurrente desea ver acogidas en casación no tengan el pleno respaldo de pruebas en instancias, ha de mantener las diferentes o en contrario que hayan guiado al fallador con rectitud y ordenación lógica plausible; uno es el ra-

zonamiento lógico que guía al juez cuando entra al análisis de la prueba, con amplio poder de dialéctica, y otro campo, de más rigor, pero también más vulnerable en casación, el que le corresponde cuando como entidad jurídica aplica la ley a sus conclusiones de hecho. Las explicaciones un tanto hipotéticas del recurrente sobre el contenido de los recibos de la trilladora son consecuentes con sus propios puntos de vista sobre que Carmona no era agente de Grace sino comisionista independiente, consideración no admitida por la Corte cuando estudió los cargos de casación que dicen orden al mandato. Es natural pues que llegue a conclusiones jurídicas distintas.

El Tribunal hizo un razonamiento o análisis de los boletines o recibos expedidos por la trilladora, según el cual se explica que a Juan María Montoya, remitente de los varios lotes de café, se le entregaran sendos recibos como a dueño del café, que sería mantenido en el depósito de la trilladora de Grace por cuenta de esta casa, y con constancia de que la orden de que ésta los recibiera la daba el agente de la misma casa, para efectos de las cuentas de comisión o intervención entre el agente ordenador y la casa por cuya cuenta consignó la entrega del café. Este razonamiento es claro y no se advierte en él ningún error manifiesto. En contra de la tesis del recurrente, la del Tribunal explica que si se tratara de venta directa del café por parte de Carmona a Grace, debido a que Carmona a su vez se lo había comprado a Montoya, estaría de sobra la inclusión del nombre de éste en las constancias escritas del contrato de venta de Carmona a Grace y en los datos de la trilladora, y la entrega a Montoya de un ejemplar de los recibos.

Observa también el recurrente que en la carta pasada por Carmona a Montoya le manifiesta que ha cesado "en los negocios de compras", con lo cual da a entender que en sus operaciones obraban en su propio nombre, y que en las declaraciones rendidas por Carmona en el juicio habla de depósitos de café pero de manera vaga, de modo que ni la carta ni las deposiciones justifican ningún negocio de depósito. A estos respectos cabe argüir que la frase de la carta no se opone a la conclusión que merced a otros elementos concurrentes de convicción adoptó el Tribunal, pues el depósito para venta futura no obligatoria del café a la casa depositaria suele preceder a la venta y además la acotada frase de la carta no se puede tomar aisladamente, ya que en seguida su autor le indica a Montoya que vaya a la trilladora a retirar su café o a venderlo si así lo conviene. Y sobre los testimonios rendidos, ellos sólo hablan precisamente del depósito, aunque por sí solos no lo acreditan plenamente.

En los libros de contabilidad de la casa Grace aparecen abonadas algunas partidas de dinero a la cuenta de Carmona, como lo observa el recurrente. Aun admitiendo la identidad del café, cuyo valor se le abona a Carmona con el que entregó Montoya por orden de éste, ello demostraría plenamente en contra de Carmona y a favor de Grace, es decir, ya tratándose de las relaciones entre mandante y mandatario. Pero el descargo o pago que así hizo Grace a Carmona no es oponible a Montoya. Ahora, si con ese reparo se trata de demostrar que no hubo depósito sino venta, ya se ha dicho que el demandante Montoya ha justificado una operación de entrega a Grace, por intermedio y orden de un agente de esta casa, de un café no negociado en venta sino entregado en calidad de depósito. Las verdaderas relaciones que realmente existan entre mandante y mandatario no son oponibles a los terceros con quienes contrata el mandatario mientras la extensión o contenido real de los negocios no hayan podido ser suficientemente conocidos de éstos a través de los poderes exhibidos por el mandatario. Y al contrario, los terceros de buena fe tienen el derecho de acogerse a la extensión de los poderes ostentados por el mandatario a ciencia y paciencia del mandante. La casa Grace afirma que ella le adelantaba dineros a su agente Carmona para que éste le comprara café y abonarle su valor al préstamo; dentro de esa realidad de negocios—que Carmona no acepta—es explicable el abono que resulta hecho en la cuenta privada de ellos. Pero es lo cierto que no fue en esa calidad como la casa Grace aparece actuando ante terceros a través de las pruebas del proceso.

Que no esté probada conforme al artículo 700 del C. Judicial la costumbre comercial de hacer depósitos para venta futura, no es cargo pertinente, porque los depósitos para venta futura no envuelven, no implican la creación de una norma de derecho, que sería el caso en que los hechos constitutivos de la costumbre requerirían la prueba exigente de los siete testimonios con los requisitos intrínsecos del artículo 2º del Código de Comercio. La acción ejercitada en el juicio es la que emana la tesis fundamental del actor que en el hecho puede enunciarse así: con orden de Carmona, agente de Grace, remitió Montoya a Grace varios lotes de café en calidad de depósito disponible, tesis que no se opone a que luégo estuviera decidido a vendérselo a la misma casa depositaria. Ahora bien, aquel hecho,

el simple depósito, no envuelve la categoría de los que se regulan por la costumbre, como norma de derecho, porque directa e inmediatamente es un hecho regido por un contrato claro y distintamente nominado por los códigos. Cuatro testimonios, no contradichos en su contenido por otras pruebas, y antes bien, concurrentes con ellas, fueron el apoyo del Tribunal para dar por aprobada la referida tesis del hecho del actor.

Tiene para sí el recurrente que, consecuente con sus propios puntos de vista, al aceptar el sentenciador los recibos de la trilladora como constitutivos de un depósito, y en el mismo sentido la frase de la carta de Carmona para Montoya y demás elementos examinados en los apartes anteriores, violó los artículos 2242 y 2253 del C. C. por los varios aspectos que al resumir los cargos se dejan precisados, directamente o por lo menos por interpretación errónea, por haber ordenado la restitución de un café que no fue materia de depósito, o por admitir que podían ser objeto de un depósito cosas de género distintas de dinero (atedido también el texto de los artículos 2236 y 2240 ibidem). o por errores manifiestos de hecho y de derecho al estimar la carta y las declaraciones de Carmona, los libros de cuenta de Grace, etc.

Descartada como queda la existencia de tales errores en la estimación de las pruebas, cabe agregar aquí que la doctrina del artículo 2253 y la naturaleza del contrato de depósito en que se informan las demás disposiciones legales, sobre la materia, no se opone a que se constituya sobre determinado número de arrobas de café entregadas por bultos o lotes de peso o volumen más o menos regular y de calidad cierta y determinada, como consta en cada entrega recibida por Grace, un contrato de depósito que tenga por objeto de él tales especies; distinguiendo así, el objeto del contrato es claro y determinable, y en nada impide que, aun confundido con otras de la misma especie y calidad, pueda ser determinado para efectos de la restitución (sin perjuicio de la responsabilidad del depositario). La Ley 20 de 1921, que organizó primeramente los almacenes generales de depósito, contiene disposiciones que consultan las afirmaciones precedentes, ya en orden a la constitución, como a la conservación, custodia y retiro del depósito sobre mercancías, productos y frutos de procedencia nacional o extranjera, y a la expedición de certificados de depósitos y de bonos de prenda. Al tenor del artículo 5º tanto el certificado como el bono deberán expresar las indicaciones necesarias para conocer el nombre del depositante, la naturaleza y estado de las mercancías, su cantidad, peso o volumen, valor y calidad aproximados y las marcas y números de los bultos o de los envases que lo contengan. El Tribunal sentenciador, al tener como objeto de un depósito los lotes de café entregados al depósito de la trilladora de Grace, no violó pues el artículo 2253 del Código Civil.

Tampoco violó el artículo 2242 ibidem, porque los recibos de la trilladora fueron la prueba escrita principal, a juicio del Tribunal, de la constitución del depósito de mayor valor de $ 500.

Las afirmaciones contenidas en las posiciones absueltas por el gerente de la casa Grace, no podían ser, ni lo fueron, la norma única que guiara al Tribunal para desatar la litis, y si el Tribunal las relacionó con otros medios de prueba distintos, no pudo violar los preceptos legales que cita el recurrente (artículos 2242, 2253 del C. C. y 606 del C. J.)

El Tribunal, al condenar a la devolución de determinada cantidad de café de trilla y de buena calidad, cuando se demandó por café seco de trilla y de buena calidad (al tenor de las recibos no es todo homogéneo), no hay incongruencia con la demanda, porque en ésta se solicita la devolución de un café en esas condiciones, y aunque no en todos los recibos le atribuye esa calidad, en le curso del juicio quedó probado, con la confesión del gerente de la Grace, que el café, atendidos los recibos, era de esa calidad, o sea, según frase textual del gerente, seco de trilla y de buena calidad. Pedido pues así en la demanda, y admitido el hecho por la parte demandada al absolver las posiciones, no resulta la incongruencia apuntada.

PRIMER EXTREMO: Comprobado el depósito hecho por Montoya del café a la casa Grace, surge la obligación de restituírlo. El recurrente estima que cuando se intentó la demanda tal obligación no era exigible, por falta de plazo señalado en los recibos, y entonces la mora no se produce sin previa reconvención judicial.

Evidentemente, como el depósito se constituyó sin fijarse término para la restitución o entrega, al tenor del artículo 1608 del C. C. al depositario no le eran exigibles las consecuencias de la culpa que implica el retardo si no medió una prévia reconvención judicial que lo constituyera en mora. Pero el Tribunal sentenciador precisamente negó la súplica relativa al pago de perjuicios por la mora, aunque sin dar razones para ello.

El Tribunal se limitó a decretar al tenor de la demanda el cumplimiento de la obliga-

ción principal y directa de todo depositario, o sea la restitución.

Estima la Corte que así limitada la condena del Tribunal a decretar u obligar al deudor al cumplimiento o ejecución de la obligación estipulada, o por lo menos al de la prestación propia y directa que emana del contrato resultante de autos, no era del caso una interpelación judicial, porque el juicio ha tenido por objeto obtener la restitución, o sea la obligación contractual.

En últimas, hay que estimar que la mora se consuma cuando el deudor de una obligación que se halle en el caso del numeral 3º del artículo 1608 del C. C. ha recibido del acreedor una manifestación inequívoca de que la voluntad de éste es conseguir la ejecución de ella, y de ahí que la demanda que persiga ese reconocimiento y la condena correlativa, puede tenerse con razón, ante una legislación no formalista, como la manifestación por excelencia inequívoca de esa voluntad de acreedor. Como la sentencia recurrida se concreta a decretar el pago o ejecución de la principal obligación del depositario, y niega otras condenas que sí pueden tenerse como efectos del retardo, bien puede estimarse que el libelo con que se inició el juicio es suficiente medio para la prestación decretada por el sentenciador, el cual no pudo, pues, violar, al proceder así, la doctrina que informa el artículo 1608 del C. C.

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 casa la sentencia de fecha julio veinticinco de mil novecientos treinta y cuatro proferida por el Tribunal Superior de Pereira y condena al recurrente en las costas del recurso.

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

Antonio Rocha, Liberio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Juan Francisco Mújica, Miguel Moreno J., Eduardo Zuleta Angel, Emilio Prieto Hernández, Srio. Int.

ADMISION DE UN RECURSO DE HECHO

La revalidación del papel, realizada después del plazo concedido por el artículo 521 del Código Judicial, es conducente para la eficacia de la interposición del recurso de casación, porque el término dicho es el último de un juicio que concluyó definitivamente.

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

(Magistrado ponente, Dr. Juan Francisco Mújica)

Materia del recurso de hecho

El 23 de noviembre de 1935, el Tribunal Superior de Bogotá falló en el sentido de confirmar la sentencia que pronunció el Juez 1º del Circuito de Cáqueza en el juicio ordinario de Rita Torres de Angel contra el presbítero Daniel Sabogal Mora, en la cual se condenó al demandado a pagar la cantidad de quinientos pesos ($ 500.00) moneda corriente y sus intereses moratorios, a la rata del dos por ciento (2%) mensual, desde el 23 de enero de 1915 hasta cuando se verifique el pago.

El 31 de enero de 1936, Sabogal Mora interpuso recurso de casación contra la referida sentencia.

El 13 de febrero de 1936 informó el Secretario del Tribunal que el término para interponer el recurso de casación había vencido el 4 de ese mes.

El 6 de febrero, el Tribunal se negó a oír al demandado mientras no revalidara la hoja de papel común, y el 14 del mismo mes negó la interposición del recurso porque la revalidación del papel se efectuó el día 8, cuando ya había vencido el término para interponerlo.

El demandado recurre de hecho contra los autos de 14 de febrero y 5 de marzo de 1936, por medio de los cuales el Tribunal se negó a abrirle la vía de la casación.

El recurso fue fundamentado en la forma legal y para resolverlo se considera:

Los actos procesales que realizan las partes en los pleitos se dividen en dos clases: de postulación y constitutivos. Los primeros se encaminan a obtener del juez una pro-

videncia de determinado contenido. La peculiaridad de estos actos consiste en que el elemento predominante en ellos es el psicológico, debido a que provocan ante todo la reacción mental del juez, la cual se traduce en la decisión que adopte. Por ejemplo, en este asunto es acto de postulación la interposición del recurso de casación.

No son susceptibles de definición los actos constitutivos. Este género lo integran todos los actos de las partes que no son de postulación. Su nota característica consiste en que sirven de apoyo, algunes veces esencial, a los actos de postulación ya efectuados o que habrán de llevarse a cabo. V. gr., en este negocio la revalidación del papel es un acto constitutivo sin el cual no puede ser estimado el acto pretérito de postulación consistente en la interposición del recurso.

Los actos de postulación se aprecian por el juzgador desde el doble punto de vista de su procedencia y de su fundamentación.

La procedencia en este negocio consiste en averiguar si el recurso se interpuso en tiempo oportuno y por persona hábil, conforme al art. 522 del C. J., y la fundamentación, en analizar si la sentencia puede ser impugnada por medio del recurso de casación, de acuerdo con el art. 519 ibídem.

Los actos constitutivos no son propiamente estimados por el juez en sí mismos, o sea de manera aislada, sino que tan sólo se analiza su conducencia en función de la eficacia de ellos para la apreciación del acto de postulación, como factor determinante de éste que debe ser el constitutivo. (La constitución de un poder, por ejemplo, se estudia para los efectos del acto de postulación sobre solicitud del reconocimiento judicial del mandatario).

Para estudiar, dado el texto del art. 351, la consecuencia de la revalidación del papel, es necesario tener en cuenta que en nuestra ley procedimental rige el principio de la preclusión, el cual es opuesto al de indivisibilidad o concentración que orienta las normas pertientes del derecho procesal moderno.

Este principio de la preclusión, que es un rezago del derecho procesal italiano vigente en la Edad Media, consiste en supeditar la eficacia de los actos procesales a los plazos marcados para su realización en el C. Judicial. En esta forma la unidad del proceso no existe en el fondo, sino que se reparte en una serie de vías, recursos, incidentes y situaciones, hasta el punto de que los distintos procedimientos o juicios están compuestos por una superposición de períodos de tiempo, cada uno de los cuales tiene una finalidad procesal específica, y al vencimiento de ellos se extingue la posibilidad de realizar los actos procesales pertinentes. Esto es, la expiración de cada uno de esos lapsos surte efectos preclusivos.

En este caso, ejecutado por la parte que recurre de hecho el acto de postulación dentro del término que señala el art. 521 del C. Judicial, la revalidación del papel realizada después de la expiración de ese plazo es conducente para la eficacia de la interposición del recurso de casación, porque el término dicho es el último de un juicio que concluyó definitivamente. (El Tribunal no hizo uso de la facultad que le confiere el art. 367, inciso 1º, ni la contraparte usó del derecho de requerir al renuente).

El Tribunal, pues, confundió la naturaleza y la finalidad de los actos procesales que efectuó el recurrente de hecho, porque atribuyó al acto de postulación una consecuencia imposible de deducir, cual es la de que no fue realizado en tiempo, cuando en la realidad lo que acontecía era que para la validez de ese acto, o sea para oír a la parte, se hacía indispensable que ésta revalidara el papel.

La jurisprudencia aquí presentada no es sino la ratificación de la que ha venido siendo expuesta por la Corte, como puede verse con mayores detalles en la providencia del 30 de abril de 1936, proferida al admitirse el recurso de casación en el negocio de José María y Manuel María Navarrete contra Rafael Paredes, enviado por el Tribunal de Pasto.

Dada la naturaleza de la sentencia de condena que en este negocio pronunció el Tribunal, no es necesario estimar por medio de peritos la cuantía de la acción, sino liquidar el crédito para verificar su monto el día de la interposición del recurso de casación.

Por lo tanto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, resuelve admitir el presente recurso de hecho; declarar sin efecto los autos del 14 de febrero y 5 de marzo de 1936, y ordenar que el Tribunal Superior de Bogotá proceda de conformidad con el artículo 523 del Código Judicial, previa la liquidación de la cuantía de la acción al 31 de enero de 1936.

Cópiese, publíquese y notifíquese.

Antonio Rocha, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J., Juan Francisco Mújica, Eduardo Zuleta Angel. Emilio Prieto Hernández, Srio, int.

OPOSICION A LA POSESION SOLICITADA DE UNA MINA

Lo primero que debe hacer el descubridor de una mina es dar el aviso de que habla el artículo 346 del Código de Minas. Pero esto no puede entenderse como exigencia de que en el juicio ordinario de oposición obre ese aviso original. Si no se ejercitó la acción de deslinde de la mina no puede entenderse violado el artículo 900 del Código Civil y la del artículo 387 del Código de Minas, que la consagran. La definición de pertenencia de minas no puede entenderse en el sentido de atribuir a las medidas de que habla el artículo 23 del C. de Minas un carácter de indivisibilidad, ni como exigencia de que cada mina tenga precisamente la figura geométrica y la extensión matemática correspondientes a una o más pertenencias cabales, como que es avbio que una mina dada puede terminar antes de llegar a los extremos matemáticos fijados por dicha figura geométrica y por dichas medidas y que, terminada ella, bien puede adelante haber otra, a cuya denuncia y adjudicación no se podría oponer, así las cosas, ese mero detalle de orden matemático, ya que en lo que sería sobrante de la respectiva figura geométrica podrían y pueden caber interesados distintos. Las pertenencias de una mina pueden ser continuas; mas no es indispensable que así sean.

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

(Magistrado ponente, Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

The Bucaramanga Gold and General Mining Company, sociedad anónima domiciliada en Londres, se opuso a la posesión solicitada por los señores Jorge Vélez, Luis Alfredo Núñez y Antonio e Ismael Martínez, vecinos de Bucaramanga, de la mina La Caricia, Municipo de California, y el juicio ordinario seguido por la compañía opositora como demandante contra estos señores como demandados, en el Juzgado 2º del Circuito de Bucaramanga, se decidió allí en primera instancia por fallo que en suma reconoce a la compañía su dominio sobre la porción de la mina La Precisa invadida por La Caricia y a los demandados su derecho al resto de ésta.

Confirmado ese fallo por el Tribunal Superio de Bucaramanga, contra el de éste recurrió la compañía en casación, recurso que, tramitado debidamente ya, debe decidirse, a lo cual aquí se procede.

Sentencia recurrida

A la denuncia de La Caricia se opuso la compañía alegando que esa mina invade varias de que es dueña e invocando al efecto título minero y redención a perpetuidad respecto de éstas y la consiguiente imposibilidad de admitir denuncia de algo que quedase dentro de los linderos de las minas. La inspección ocular con concurso de peritos practicada a solicitud de la compañía como prueba en la primera instancia estableció que efectivamente tal sucedía en parte de La Precisa, una de las mismas presentadas por la compañía como afectadas por la denuncia. Esa diligencia no se continuó, por expresa prescindiencia de quien en este acto representaba a la compañía. Quedó, pues, sin establecerse en el proceso si en lo demás esa afectación o invasión ocurre efectivamente como la compañía afirmó en su libelo de demanda. Y el Juzgado al sentenciar lo antedicho y con él el Tribunal al confirmar, limitaron lo favorable de la sentencia para la compañía a lo que ella demostró que a la verdad se hallaba en esas circunstancias y se abstuvieron de extenderse a aquello en que tal demostración no existe dentro del proceso sobre el cual sentenciaban. Ambos, Juzgado y Tribunal, reconocieron a la Compañía su título de dominio y la validez de la referida redención a perpetuidad, y como ella es el único recurrente, estos puntos, que fueron materia de detenidas discusiones en las instancias, no son para tratados ahora en casación.

El recurso

Este se concreta, como es lo natural y legal, a lo desfavorable a la compañía recurrente, o sea, a la negativa dada a sus pretensiones, es decir, a lo relativo a las aludidas minas restantes y aun dentro de La Precisa misma, a la parte de ésta en que la sentencia recurrida, no hallando comprobado que La Caricia la invada, deja en pie el derecho que consiguientemente reconoce a los denunciantes.

Concretado así lo que es materia del presente recurso, se entran a estudiar los cargos en que el abogado de la compañía recu-

rrente lo hace consistir, en el mismo orden en que él los formula.

I. Violación de los artículos 6º, 117, 125 y 346 del Código de Minas, por cuanto el Tribunal hace la aludida declaración en favor de los denunciantes sin obrar en el expediente el aviso mismo que ellos dieran, el que es instrumento público que, según el artículo 1768 del C. C., no puede suplirse por ninguna otra prueba, de donde dice el recurrente, "merced a un error de derecho (1760 del C. C.) fueron violadas todas las disposiciones legales antes citadas, porque, a haber sido correctamente aplicadas al caso del pleito, se habría llegado a la conclusión de que, no estando probado el aviso en el proceso, no puede considerarse como descubridores de la mina a los supuestos avisantes y, por consiguiente, no había lugar a declarar que tuvieran derecho a adjudicación de parte alguna de la mina La Caricia".

Queda así resumido y, en lo cardinal, trascrito el primer cargo.

Se considera:

Efectivamente lo primero que debe hacer el descubridor es dar ese aviso, al tenor de dicho artículo 346. Pero esto y que las demás disposiciones citadas por el recurrente como violadas por el Tribunal se refieran al aviso, no puede entenderse como exigencia de que en el juicio ordinario de oposición obre ese aviso original. Esa exigencia no la hacen esas disposiciones. Y sería extraño, para decir lo menos, que a última hora y dentro del recurso de casación viniera a prosperar ese medio que tendría la calidad de nuevo y, por ende, de inadmisible, siendo así que ni en las diligencias preliminares ni en el curso de las instancias se reclamó al respecto y que la compañía formuló su oposición y ha seguido hasta ahora el litigio sobre la base inequívoca de la existencia del aviso que sólo ahora viene a echar menos, y acerca del cual, por otra parte, hay datos fehacientes en el proceso, como son, entre otros, los contenidos en la actuación de los folios 1 y 2 del Cdno. ppl.

Queda, pues, rechazado el cargo.

II. Violación de los artículos 461, 462 y 465 del C. J. y 406, 411, 412, 118, ordinal 3º, y 164 del de Minas, por haberse involucrado un juicio de dominio con uno de deslinde.

No se advierte esa involucración. Si tanto la prueba sobre que se superponen porciones de La Caricia y La Precisa como el reconocimiento de este hecho han de dar lugar a un deslinde de las dos, ello no es razón para conceptuar que tal deslinde está practicado dentro de este proceso, ni para reclamar porque en éste no quedara ya practicado. El recurrente mismo funda cabalmente el cargo en que esos juicios son distintos entre sí, como en efecto lo son, y en que el presente debió ser sólo de dominio. Y como en realidad a esto se ajusta la sentencia, no se ve la justicia del cargo. Repítese que al reconocer ella que en parte las dos minas, en sus respectivas alinderaciones con que figuran aquí, se entrecruzan; y al decidir que en la parte de La Precisa invadida por la alinderación de La Caricia debe respetarse el dominio de la compañía sobre aquélla y que en lo que no suceda así o sea en el resto de La Caricia, sobre el cual, por lo mismo, no hay el motivo de oposición alegado, debe respetarse el derecho de los denunciantes, no se ha hecho más que decidir sobre ese dominio y sobre esta consecuencia del mismo, aceptándolo en sí y en sus efectos hasta donde él va y negándole efectos más allá de donde él cesa o de hasta donde él se extiende. Cosa muy distinta es practicar el deslinde entre las dos fincas colindantes. Y si, por ventura, la precisión del fallo fuera tal que lo evitara, ello significaría, con la consiguiente ventaja para ambas partes, que hubo en la respectiva prueba o pruebas la suficiente precisión para llegar de una vez a situación o extremo tan favorable a ambas.

Con motivo de este cargo, el recurrente se detiene a estudiar si el representante de la compañía en el acto de la inspección ocular tenía potestad para desistir del resto de la diligencia y dejar, así, sin prueba la invasión afirmada por ella respecto de La Caricia sobre las restantes minas aludidas. Pero ese incidente procedimental, que pudo ser materia de reclamos y actuación y decisión en la instancia, no puede serlo del presente recurso, que es de casación. A este respecto se observa que el Tribunal estimó la prueba tal como quedó practicada desde el Juzgado a quo y que, por tanto, no incurrió en error de apreciación de ella de donde pudiera derivarse, por lo que hace a su recurso de casación, cargo de violación de disposición legal sustantiva. Cosa muy distinta es que, como lo conceptúa el recurrente, esa prueba pudiera haberse extendido a más de lo que se redujo. El que, como él sostiene, no debiera haberse reducido, no puede ser materia del presente recurso.

III. Violación de los artículos 900 del C. C. y 387 del de Minas, por no aplicarlos, debiendo haberlos aplicado, en cuanto si La Precisa y La Caricia tienen linderos comunes, lo procedente era deslindarlas, en vez de comenzar por el juicio de dominio que se ha seguido y que es por tanto, prematuro.

Como se ve, quien demandó lo que a este respecto quedó tramitado y fallado, es la misma parte que en casación reclama por ese procedimiento. Este detalle no deja de causar extrañeza.

Si no se ejercitó la acción de deslinde, no puede entenderse violado el artículo 900 que, para su caso, la consagra. Es verdad que cuando lo procedente es esta acción, ella y la decisión correspondiente deben preceder al juicio ordinario de oposición, según dicho artículo 387. Pero no se advierte por qué en el presente caso en que desde luego se discutió el dominio, hubiera de estimarse de antemano necesario un deslinde. Este, por el contrario, puede verse procedente o necesario hora, que por la decisión de la oposición se ha venido a hallar que las dos minas colindan; pero antes de fallarse este pleito así no podía saberse que tal sucediera y, por tanto, no podía procederse al demandar como si hubiera ya sucedido, ni sentenciarse como si eso se hubiera demandado. El aviso de una mina (La Caricia) y la oposición a que se adjudique por invadir otras varias (Pocito, Tachuela y Arco, a más de El Molino), no podían ser circunstancia determinante de un deslinde. Mucho menos como ahora en casación viene a decirlo la parte recurrente, la denuncia y la oposición —formulada ésta sobre la base de un título anterior vigente por redención a perpetuidad— podían estimarse por sí solas como motivo de deslinde. Demandar deslinde y comenzar por él, sin saberse que la suerte del pleito de oposición tenía el resultado que ha tenido, habría carecido de toda procedencia y fundamento.

IV. Sobre el mismo pie que acaba de verse y en forma subsidiaria se formula el cargo de incongruencia de la sentencia con las pretensiones de los litigantes.

Este cargo que, en su caso, implica que se ha dejado de decidir algo de lo pedido o que se ha fallado más allá de lo pedido, ultra o extra petita, no cabe en el caso presente. Como se ha dicho y repetido, los actuales demandados denunciaron la mina La Caricia y la compañía demandante se opuso alegando que ella corresponde al suelo de Molino, Pocito, Precisa, Tachuela y Arco, minas cuyo dominio pide en su demanda se le reconozca, así como que se declare que por ser de ella según título vigente, nadie puede denunciar algo de lo comprendido dentro de los linderos de las mismas, linderos dentro de los cuales, repítese, sostiene la compañía que queda La Caricia. Y la sentencia, hallando que no se comprobó esa coincidencia de superficie sino en parte de La Precisa, limita a esta parte le reconocimiento de lo que pide la Compañía, y declarando infundada la oposición en todo lo relativo a lo que no se comprobó, reconoce el derecho de los denunciantes de La Caricia a todas las partes de ésta acerca de la cual faltó ese comprobante. Salta a los ojos el ajustamiento del fallo a los lindes que le trazaron demanda y respuesta.

V. Violación de los artículos 23 y 30 del C. de Minas. Aquél determina que una pertenencia es un rectángulo de 600 metros de altura y 240 de base (longitud y latitud), y agrega que quien tenga derecho a dos recibirá un rectánculo de 1200 metros de longitud por 240 de latitud, y quien tenga derecho a tres recibirá uno de 1800 por 240. Y el artículo 30 declara que el restaurador de mina abandonada se subroga al dueño primitivo y, por tanto, tiene derecho a las mismas pertenencias entregadas a éste, y agrega que si al ser abandonadas tenía más que cuando se entregó al primitivo dueño, el exceso debe denunciarse aparte.

El cargo consiste en que, no estando abandonada La Precisa, con reconocer esto debió el Tribunal atajar la denuncia y que, según el recurrente, así habría sucedido si hubiera aplicado esas disposiciones, siendo así que la denuncia se hizo en calidad de abandonada. Tal parece que al formular este cargo no tuviera presente el recurrente que el Tribunal halló coincidencia de La Caricia con La Precisa en sólo una parte de ésta, lo que significa que la pretensión de la compañía como dueña de La Precisa no podía ir más allá de aquello amparado por la alinderación de su mina, en cuanto ésta fuera invadida por la otra y que, al propio tiempo, la denuncia no podía ser atajada sino en cuanto la superficie de La Caricia invadiera esa otra mina sobre la cual la compañía acreditó el dominio con el cual se oponía. Si los denunciantes hubieran avisado, por ejemplo, La Precisa como abandonado y hubiera triunfado su aspiración, sí habría sido el caso de aplicar el artículo 30 y declararlos subrogados en cuanto al primitivo dueño hubiera recibido; pero lo que denunciaron fue otra mina (La Caricia), por linderos diferentes, y al seguirse el juicio de oposición formulada por el dueño de La Precisa, lo que se encontró fue, no la identidad que se requeriría para aquéllo, en su caso, sino meramente una parcial coincidencia de las dos extensiones. Lo procedente no era, pues, aplicar disposiciones en cuyos casos no se estaba, sino respetar el dominio de lo que se pretendía invadir por lo excesivamente denunciado, y respetar a los denunciantes lo que resultaba libre de esa tacha de excesivo. Esto fue

lo que la sentencia decidió, sin violar, pues, aquellas disposiciones legales.

La definición de pertenencia en función de las medidas antedichas no puede entenderse en el sentido de atribuir a las referidas medidas un carácter de indivisibilidad, ni como exigencia de que cada mina tenga precisamente la figura geométrica y la extensión matemática correspondientes a una o más pertenencias cabales, al punto de llegarse al extremo de imponerse sobre la naturaleza misma, con la cual las más de las veces sólo por venturosa y casual coincidencia pueden identificarse. Es obvio que una mina dada puede terminar antes de llegar a los extremos matemáticos fijados por dicha figura geométrica y por dichas medidas y que, terminada ella, bien puede adelante haber otra, a cuya denuncia y adjudicación, así las cosas, no se podría oponer ese mero detalle de orden matemático, ya que en lo que sería sobrante de la respectiva figura geométrica podrían y pueden caber interesados distintos. Así, pues, no puede prosperar el citado cargo de violación del artículo 23, ni aun dándole a aquél el sentido a que se está aludiendo.

VI. Violación del artículo 41 del C. de Minas. Según el recurrente, esta disposición prohibe dejar espacio entre pertenencias entregadas antes y las que hayan de entregarse por nueva denuncia, y de ahí deduce que, estando demostrado aquí que La Caricia es continuación de La Margarita y estableciéndose con ello discontinuidad, se violó aquella disposición no desechándose la denuncia.

Se observa: ese artículo 41 atiende a caso distinto del presente, pues habría sido aplicable si, por ejemplo, el dueño de La Margarita dubiera denunciado La Caricia como su continuación, porque ante todo es de advertir que ese artículo mira precisa y claramente al evento de que la denuncia de una mina se haga como continuación de otra. Y aunque esto bastaría para reconocer que, no siendo ese el caso presente, mal pudo haber ocasión de aplicar ese artículo ni, por tanto de violarlo con no aplicarlo, no sobrará advertir que las bases de hecho en que el recurrente funda este razonamiento del punto VI de su alegato de casación no se hallan plenamente establecidas en el proceso, como sería indispensable que lo estuviesen para que el recurso prosperara, si acaso tuviera cabida y aplicación ese artículo 41. Además, en tal evento, la violación provendría de desestimación de las pruebas respectivas, o sea, de las que establecieran los aludidos hechos básicos. Y bien se echa de ver que no hay acusación por ese que sería error de apreciación de tales pruebas.

VII. Violación del artículo 31 del C. de Minas, cargo que se resume así: las pertenencias de una mina deben ser continuas; si son separadas, son tantas minas cuantas porciones diversas; si en el perímetro de La Caricia se interpone La Precisa, no hay en aquélla la continuidad obligada ante ese código.

A ese respecto para rechazar el cargo basta observar que ese artículo 31 ordena efectivamente que las pertenencias que se se entreguen al restaurador de una mina "formarán un solo globo"; pero agrega: "en cuanto esto sea posible, sin atacar derechos legítimos de terceros".

Por consiguiente, lejos de violarlo, acató el Tribunal este artículo, si es que en efecto, como afirma el recurrente, La Precisa se interpone en el perímetro de La Caricia y divide a ésta en porciones distintas.

VIII. Error de hecho y de derecho en la apreciación de los títulos de propiedad de la compañía sobre restantes minas suyas y de declaraciones de testigos, en cuanto acreditan que esas minas "cortan, comprenden e interceptan La Caricia", lo que acontece también con el título de La Precisa, y sin embargo de eso, prescindiendo de esas pruebas y sacrificando el referido derecho de la compañía, se dictó sentencia como se dictó, con lo que se violaron los artículos 23, 30, 31, 41, 118, ord. 6º y 164 del C. de Minas.

Queda visto: que el artículo 23 señala la extensión de cada pertenencia y la forma y cabida de una, dos y tres pertenencias, como rectángulo de las medidas allí fijadas y recordadas en este fallo; que el artículo 30 subroga al restaurador en los derechos de los primitivos dueños; que el artículo 31 procura sea un solo globo lo entregado al restaurador, en cuanto sea posible sin atacar derechos de tercero. El artículo 41 atiende al caso de denuncia de una mina como continuación de otra y ordena continuidad entre lo entregado por la nueva denuncia y lo entregado antes. El 118 dispone que el derecho que la denuncia da a la mina no se pierde sino.... 6º "Cuando citado para darse posesión, no se opone y en la posesión se comprende toda o parte de su mina". Y el 164 establece el alcance que tiene el pago del impuesto.

No se ve cómo la sentencia haya violado estas disposiciones por dictarse como se dictó.

Lo tocante a los artículos 23, 30 y 31, queda estudiado ya en los anteriores capítulos de este fallo. El 41 se refiere a mina denunciada como continuación de otra, que no es el caso presente, pues la denun-

cia no se hace como continuación de La Margarita, aunque ocasionalmente así lo indique en sus escritos la compañía demandante, sino que simplemente los denunciantes señalan como punto de partida de la alinderación de La Caricia los mojones que forman las esquinas septentrional y meridional de aquélla. Quedar una mina dada colindando con otra no es ser la continuación de ésta en el sentido jurídico de esta palabra, principalmente en el sentido que corresponde a la calidad y forma de la denuncia. Los denunciantes califican de abandonada La Caricia; pero no invocan La Margarita ni derechos nacidos de ser aquélla continuación de ésta, ni colocan el caso dentro de las prescripciones legales relativas a adjudicación de una continuación.

Cuanto al artículo 118, el Tribunal no niega que la compañía se opusiera, ni mucho menos sentenció como lo hizo por basarse (el Tribunal), en no haber habido oposición. Y cuanto al 164, el Tribunal no ha negado el pago del impuesto ni habla siquiera de falta de ese pago, sino que simplemente, reconociendo a la compañía sus títulos y el alcance legal de sus pagos en orden a la vigencia de ellos, se guardó de sentenciar cual si respecto de la totalidad de La Precisa y respecto de las otras minas de la compañía se hubiese demostrado el hecho básico de la demanda, cual es la invasión de tales minas por La Caricia. En lo que esa demostración se adujo, el Tribunal reconoció el derecho de la compañía; pero se guardó, como era lo legal, de desconocer los derechos de los denunciantes demandados en todo aquello en que esa demostración de invasión no se produjo en el proceso por esa compañía que es, repítese, el demandante.

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 el fallo recurrido, o sea, la sentencia dictada en este pleito el 31 de agosto de 1935 por el Tribunal Superior de Bucaramanga.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Antonio Rocha, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J., Juan Francisco Mújica, Eduardo Zuleta Angel, Emilio Prieto Hernández, Srio. into.

RECURSO DE CASACION CONTRA UNA SENTENCIA APROBATORIA DE UNA PARTICION

Cuando una sentencia aprobatoria de una partición se revisa, ante el Poder Judicial, la revisión lleva necesariamente al estudio del trabajo de partición para examinar si está o no ajustada a las normas establecidas por la ley.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil. Bogotá, septiembre diez y ocho de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Liborio Escallón)

En el juicio de sucesión de Purificación Herrera de Pardo, el partidor, que fue nombrado por el juez, presentó el respectivo trabajo con fecha diez de diciembre de mil novecientos treinta y dos, el cual fue objetado por uno de los interesados, Alcides Pardo H., objeciones que el juez 4º del circuito de Vélez declaró infundadas, y en consecuencia aprobó la partición y dispuso que se inscribiera en la oficina de registro respectiva.

Alcides Pardo apeló de esa resolución y el Tribunal Superior de San Gil en sentencia de veinticinco de enero de mil novecientos treinta y cuatro revocó la providencia apelada y en su lugar ordenó rehacer la partición en la forma siguiente: a) que los terrenos de El Romazal sean adjudicados a Alcides Pardo en toda la parte que corresponde a la sucesión; b) que los demás bienes, a excepción del terreno de El Gaital, sean distribuidos en la proporción de siete octavas partes para Alcides Pardo y una para Justo Tarazona y Amalia Acuña, y c) que la casa de Güepsa se adjudique a uno solo de los coopartícipes.

Ejecutoriada esa resolución, el partidor presentó de nuevo, con fecha veintisiete de julio de mil novecientos treinta y cuatro,

acomodándolo a la sentencia del Tribunal y el juez de circuito de Vélez lo aprobó.

Uno de los interesados en el juicio, el señor Justo Tarazona, apeló de ese proveído y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil, confirmó la sentencia apelada en fallo de quince de marzo de mil novecientos treinta y cinco.

Derechos de las partes y bienes que forman el acervo sucesoral.

La sucesión de Purificación Herrera de Pardo está distribuda así: según aparece de autos: siete octavas partes corresponden a Alcides Pardo y una octava a Justo Tarazona y Amalia Acuña. El activo de la sucesión asciende a la suma de ocho mil veintiocho pesos y está formado por los siguientes bienes: a) La mitad de un terreno denominado El Romazal: b) Un terreno denominado Caracolics y Tablón; c) Una casa de palos y paja en la población de Güepsa; d) Un terreno denominado El Alto o San Isidro; e) La mitad de un terreno ubicado en el sitio de El Gaital; y f) Una faja de terreno contigua a El Romazal, que está en manos de Justo Tarazona, como tercer poseedor.

Sobre estos hechos no hay discusión ni son materia del debate. Este se ha planteado principalmente porque Alcides Pardo sostiene que por cuenta de sus derechos se le debe adjudicar todo el terreno de El Romazal, de que es dueño esta sucesión, al paso que Justo Tarazona y Amalia Acuña sostienen que se les debe adjudicar, a cuenta de sus derechos, una parte en dicho terreno.

Procedencia del recurso.

Como ya quedó expresado, el Tribunal de San Gil, en resolución de veinticinco de enero de mil novecientos treinta y cuatro, determinó el modo como el partidor debe rehacer la partición y dispuso que los terrenos de El Romazal fueran adjudicados a Alcides Pardo en toda la parte que corresponde a esta sucesión. El partidor, sobre lo dispuesto en esa resolución, rehizo su trabajo, el cual aprobaron el juez y el Tribunal, en sentencia de fecha quince de marzo de mil novecientos treinta y cinco, que es la acusada. El Tribunal se basó en lo siguiente: en que la aprobación de la partición era un imperativo consecuencial, desde el momento en que la partición de bienes se ajustó en todo, al ser verificada de nuevo, a las normas condenadas por el Tribunal.

Según esto se plantea el siguiente problema, en virtud de la resolución normativa del Tribunal, de veinticinco de enero de mil novecientos treinta y cuatro, y que está ejecutoriada, resolución que acató el partidor y participación que aprobó el Tribunal, puede hoy revisarse la sentencia aprobatoria de la partición, la cual depende y es la consecuencia de un acto ejecutoriado? Cuándo una sentencia aprobatoria de una partición se revisa, por cualquier recurso, ante el poder judicial, la revisión lleva necesariamente al estudio del trabajo de partición, para examinar si está o no ajustada a las normas establecidas por los artículos contenidos en el título décimo del libro 2º del C. C., pues de otra manera no habría medio de decidir si la sentencia se ajusta o no a derecho. No es, pues, sólo por el acto judicial, la sentencia, lo que debe estudiarse, sino el acto de la partición. Si éste se acomoda a la ley, consecuencialmente la sentencia que lo prueba resulta jurídica, y por el contrario, una sentencia aprobatoria de una partición en que se han desconocido los preceptos legales que la reglamentan, no puede subsistir.

En materia de partición de bienes, un auto ejecutoriado no puede primar sobre los preceptos sustantivos que reglamentan la partición, porque desconocerían con ese sistema y en muchos casos los derechos de las partes, los cuales vienen a ser efectivos en virtud de la adjudicación que hace el partidor teniendo en cuenta los derechos sustantivos de aquéllas. Un auto ejecutoriado no puede tener la virtud de desconocer tales derechos.

Esta cuestión se ha planteado varias veces en la Corte y después de prolijo examen esta corporación ha sostenido la anterior tesis, como se ve en las sentencias de diez de septiembre de mil novecientos quince y cinco de julio de mil novecientos diez y nueve. En este último caso se dijo: "La Corte dijo en la sentencia citada que las decisiones ejecutoriadas de los Tribunales sobre objeciones hechas a la partición no impiden el recurso de casación. Y es así en efecto, pues de otra manera, como lo observó la Corte, en el fallo expresado, el recurso de casación carecería de objetivo, en la mayor parte de los casos. Pero son las decisiones ejecutoriadas de los Tribunales, las que no impiden el recurso, porque éste versa propiamente sobre esas decisiones, de las cuales es como un resultado la sentencia definitiva, y porque como se comprende, la parte, al apelar de la resolución del juez, agotó todos los medios ordinarios que la ley pone a su disposición para la defensa del derecho".

Mas dada la trascendencia de esta doctrina es necesario por vía de aclaración señalarle las siguientes limitaciones: a) son las decisiones ejecutoriadas de los Tribunales las que no impiden el recurso de casación,

pero no las decisiones ejecutoriadas del juez de primera instancia, cuando este fenómeno de ejecutoria, se ha verificado por no haber opuesto la parte el recurso de apelación, porque entonces la ejecutoria proviene de que el interesado no hizo valer los remedios legales, por lo cual de un lado debe considerarse que abandonó dos objeciones o las retiró o desistió tácitamente de ellas y de otro, que no es procedente el recurso de casación en cuanto que para que él sea admisible es necesario que en las instancias del juicio se hayan agotado todos los remedios ordinarios de defensa; b) cuando alguna de las partes deja ejecutoriar el fallo que declara infundadas unas objeciones y viene luégo la sentencia aprobatoria de la partición, como consecuencia de ese fallo, tampoco procede el recurso, porque se entiende que la parte no hizo ninguna gestión ni entabló ningún recurso contra ese fallo, lo consintió; c) es necesario para la procedencia del recurso de casación, en casos como el presente, que las objeciones hayan sido materia de controversia anterior en el juicio y que no sean medios nuevos, porque como lo ha sostenido siempre la Corte y últimamente en sentencia de diez y seis de abril de mil novecientos treinta y seis, esta corporación mantiene la doctrina de que el recurso de casación no es ocasión para formular contra la sentencia aprobatoria de una partición objeciones distintas de las que los interesados hicieron efectivamente, durante el traslado que en instancia se les dio de ella. Además, si fueron varios los objetantes y sólo uno recurre en casación, quien recurra no puede hacer suyas las objeciones de otros, respecto de los cuales, debe considerarse que al no recurrir, desistieron de ellas a menos que las objeciones del que recurrió impliquen una necesaria consideración y reforma de las cuestiones plantcadas por éstos.

De todo lo anterior se deduce que si un auto ejecutoriado del Tribunal que decide sobre unas objeciones y señala al partidor las bases sobre que debe rehacerla, obliga al partidor, no puede obligar a las partes cuando sus derechos son desconocidos o lesionados, porque entonces no serían las reglas normativas de la partición las que garantizarían sus dreechos, sino un proveído del Tribunal que podría pasar por sobre ellas.

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones y doctrina, estima la Corte, que es procedente el recurso, sin que sea óbice el argumento consistente en que el recurrente no pidió reposición del auto que fijó las normas al partidor, porque los recurrentes Justo Tarazona y Amalia Acuña, no fueron los que apelaron al Tribunal, ni tenían por qué apelar, toda vez que la sentencia del primer grado les fue favorable.

EL RECURSO

El recurrente acusa la sentencia por infracción de modo directo del artículo 1394 del C. C. en sus reglas 4ª y 8ª, porque al privar a Justo Tarazona y Amalia Acuña de Tarazona de toda adjudicación en el terreno comunero de El Romazal, en el cual tienen estos asignatarios terrenos contiguos, hizo nugatorio el derecho que dichas reglas consagran, con lo cual se les causó grave perjuicio. Violó además el Tribunal, dice el recurrente, la regla 3ª del artículo 1394 del C. C. que prescribe procurar la continuidad en las adjudicaciones de uno o más fundos, que se hagan a un asignatario.

El predio de El Romazal está dividido en dos partes; la que es o fue de la sucesión de Polidoro Herrera y en esa parte tienen derecho Alcides Pardo y Justo Tarazona y Amalia Acuña, la otra mitad de dicho predio de El Romazal, pertenece a la sucesión de Purificación Herrera, en la cual son únicas partes Alcides Pardo, Tarazona y la Acuña. Los interesados, pues, en ese juicio, tienen derechos en la otra mitad de El Romazal, es decir, son colindantes, punto éste que no ha sido discutido en los autos, que ha sido aceptado y que está corroborado con las escrituras números 113 y 139 de mil novecientos diez y ocho. Partiendo de esta base de hecho, plenamente establecida y considerando que según la regla 4ª del artículo 1394 del C. C., se procurará la misma continuidad entre el fundo que se adjudique a un asignatario y otro fundo de que el mismo asignatario sea dueño, y además aplicando la regla 8ª del precitado artículo que enseña que en la formación de los lotes se procurará no sólo la equivalencia sino la semejanza de todos ellos, no se ve la razón legal que exista para que Justo Tarazona y Amalia Acuña sean excluídos del terreno de El Romazal y que el terreno de El Gaital no sea distribuído entre los interesados a prorrata de sus derechos.

Por el contrario, la distribución del caudal hereditario en esa forma es contraria a las reglas que acaban de citarse, de donde se concluye que el motivo de casación invocado tiene que prosperar. La razón de que Alcides Pardo por tener mayores derechos en la sucesión deba ser el adjudicatario exclusivo de El Romazal, no se justifica al tenor de las reglas citadas, porque en primer término éstas tienen en cuenta no

el mayor número de derechos sino la equivalencia y porque no debe perderse de vista que el principio de la continuidad entre el fundo que se adjudique a un asignatario y otro fundo de que el asignatario sea dueño, además de constituír una norma legal, responde a una finalidad económica y de conveniencia para el asignatario que está en esas condiciones.

SENTENCIA DE INSTANCIA

Puesto que no hay discusión entre el carácter de asignatarios de los interesados en este juicio, ni en la cuantía de sus derechos, ni en cuanto a los bienes que forman el acervo hereditario, el problema queda reducido a la aplicación de las normas marcadas con los numerales 4º y 8º del artículo 1394 del C. C., las cuales deben regir el nuevo trabajo de partición en el cual precisamente para cumplir esas normas, se les debe adjudicar a todos los interesados una parte en todos los bienes de esa sucesión y a prorrata de sus derechos, o sea, a Alcides Pardo, las siete octavas partes, y a Justo Tarazona y a Amalia Acuña un a octava parte.

Aunque el predio colindante (el que fue de Polidoro Herrera), está en comunidad, en él tienen derechos, no solamente Alcides Pardo, sino también Justo Tarazona y Amalia Acuña, todos ellos tienen allí sus mejoras, y siendo así, le asiste a Tarazona y a la Acuña el mismo derecho por razón de colindancia que a Alcides Pardo, derecho que es tenido en cuenta por el artículo 1394 del C. C., en relación con lo cual no está por demás observar que la aplicación de las normas dichas tiene lugar no únicamente porque un heredero sea colindante de un predio o finca de la sucesión, sino por cuanto que, además de esa colindancia, posea o tenga mejoras, como en el caso presente, en el predio contiguo a aquel que se le adjudique.

Las normas mencionadas no pueden aplicarse por lo tanto de una manera irrestricta, sino teniendo en cuenta el factor que se acaba de expresar.

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 de fecha quince de marzo de mil novecientos treinta y cinco, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil, revoca la proferida por el señor juez cuarto del Circuito de Vélez, de treinta de julio de mil novecientos treinta y cuatro, y en su lugar falla:

Por el partidor nombrado en este juicio se rehará la partición de los bienes que quedaron por la muerte de Purificación Herrera de Pardo, adjudicándole a Alcides Pardo las siete octavas partes en todos esos bienes y a Justo Tarazona y a Amalia Acuña la octava parte también en cada uno de esos bienes, de modo que cada uno de los interesados quede con una parte en dichos bienes y en la proporción ya expresada.

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.—Emilio Prieto Hernández, Srio. into.

ACCION SOBRE PAGO DE PERJUICIOS Y OTROS PUNTOS

La idiosincrasia y finalidad del recurso de casación impiden la presentación en él de medios nuevos, o sea los que vienen a presentarse por primera vez ante la Corte. Esta es doctrina constante de la corporación.

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

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

Repartido el 25 de abril del presente año y tramitado ya debidamente, debe decidirse el recurso de casación interpuesto por el señor Eliécer Vargas C. contra la sentencia del Tribunal Superior de Tunja, que el 18 de diciembre último decidió en segunda instancia el juicio ordinario de aquél contra el Colegio de Boyacá sobre perjuicios y otros puntos.

ANTECEDENTES

Vargas, previa licitación, celebró con ese plantel contrato para alimentación de ciertos empleados y alumnos en el año lectivo de 1926, según documento de 3 de febrero, y en resolución de 30 de junio el Colegio declaró caducado tal contrato por incumplimiento de Vargas, quien lo demandó en vía ordinaria en libelo de 17 de junio de 1927, corregido el 2 de noviembre siguiente, a fin de que le pagara cierta suma total formada por las varias partidas discriminadas allí y que se verán adelante en este fallo. El Colegio contrademandó por multa y perjuicios. El pleito se decidió en primera instancia absolviendo a ambas partes, por sentencia que en la segunda se reformó condenando a Vargas a la aludida multa, según fallo que casó la Corte para suprimir esta condena y volver a la absolución antedicha. (Febrero 10 de 1932).

Nueva demanda de Vargas inició el presente juicio el 15 de septiembre de 1933, en que pide que el Colegio de Boyacá sea condenado a pagarle ciertas cantidades y que se hagan las declaraciones que se dirá adelante. El demandado contestó oponiendo la excepción de pago y la de cosa juzgada. Acogida ésta por Juzgado y Tribunal en sentencias respectivamente de 14 de marzo y 13 de diciembre, ambas de 1935. El demandante interpuso contra ésta el recurso en cuya decisión se está.

EL RECURSO

Invoca la causal primera de las establecidas por el C. J. en su artículo 520. Dos grupos pueden formarse de sus cargos, a saber: 1º Violación de disposiciones sustantivas sobre registro (artículos 2655, 2657, 2673 y 2652 del C. C.), en cuanto se admite como prueba de la sentencia definitiva del referido pleito anterior una copia que no trae nota de haber sido aquélla registrada; y 2º Violación de los artículos 1546 del C. J., aunque fuese admisible esa prueba, por ser distinta la causa del pleito actual, en cuanto en él se ha demandado la resolución del contrato no invocada en aquel primer litigio.

I. El primer cargo es inadmisible por constituír un medio nuevo.

Desde la demanda inicial del presente pleito el demandante, hoy recurrente, se anticipó a alegar que, por ser distinto de éste aquel pleito anterior, no podría oponérsele la excepción de cosa juzgada; y a lo largo del proceso ese ha sido su empeño, en el cual parte de la base de que efectivamente se litigó entonces con los fines y se decidió la contienda en la cabal forma indicada por la copia contra la cual en sí, como prueba, no formuló objeción alguna. Del propio modo el demandado, empeñado en sostener la identidad entre los dos pleitos, tampoco ha objetado esa prueba en sí, sino, por el contrario, ha procedido en forma que también indica cómo él tampoco duda de estar acreditado en el presente proceso que en ese entonces se litigó y decidió como la copia reza.

Es, pues, cerradas ya las instancias cuando viene a suscitarse una dificultad y problema que sólo antes de terminar ellas habría sido oportuna, dentro de la pertinente época, y que, por lo mismo es extraña al recurso de casación, cuya idiosincrasia y finalidades impiden la presentación inicial en él de cuestiones de esa índole. Así opinan los expositores que estudian el recurso de casación y así lo tiene decidido nuestra jurisprudencia sostenidamente en sentencias de las cuales bastará citar ahora la pronunciada por la Corte con fecha 12 de marzo del año en curso en pleito en que el cargo respectivo consistía en haberse aceptado escrituras no registradas debidamente y en que se traía a cuento el ser la institución del registro de orden público y, por tanto no poderse derogar sus disposiciones por convenios particulares o por la aceptación tácita de las partes. De allí se entresacan por su pertinencia los siguientes conceptos:

"....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 posí facto, sin reparo, objección ni contienda anterior, o sea 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 esta clase y circunstancias, sería olvidar, por otra parte, a qué se encamina según la indicación inicial del C. J. en su artículo 519.

"En el presente pleito los instrumentos aducidos por el opositor fueron discutidos por el denunciante en forma detenida y rimía, no en su calidad de elementos de prueba, no en su ser probatorio, sino en su al-

cance y sentido, esto es, en una forma que implicaba su aceptación en principio como tales elementos....".

"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".

II. Para formular los cargos del aludido grupo 2º, el recurrente se coloca en el supuesto de la admisibilidad de la prueba referida, o sea, de la citada copia, y dentro de él sostiene que, incurriendo en error de apreciación de ella y de las demandas de ambos pleitos en referencia, el Tribunal violó el artículo 474 del C. J. y con él el 1546 del C. C. por admitir la excepción de cosa juzgada donde no la hay, en virtud de pasar por alto, entre otras diferencias, la decisiva de haberse invocado en el primer pleito el contrato mismo y de invocarse en el presente su resolución como fuente de la indemnización que se persigue.

Estudiando el proceso y en particular las tres piezas de que acaba de hablarse y confrontando las dos demandas, se encuentra completa igualdad en el objeto, así:

La del primer juicio, tal como quedó formulada en definitiva en noviembre de 1927 pide se condene al Colegio de Boyacá a pagar a Vargas $ 800, valor de artículos de consumo adquiridos y pagados por éste para atender a la citada alimentación en junio y julio (de 1926); $ 700, valor de otros artículos que puso al servicio de esa alimentación en el mismo mes (no dice si junio o julio); $ 490, saldo de pensiones en esos dos meses; $ 468, en que hubo de vender al Colegio algunos elementos destinados a ese servicio y que éste no le pagó, y $ 3,000, como valor de los perjuicios, lucro cesante y daño emergente, por haberlo privado del contrato mediante su caducidad en momentos en que podía resarcirse de la pérdida sufrida hasta entonces, esto es, hasta cuando ella se declaró.

Resumiendo de entre la profusa exposición en que vienen envueltas las múltiples peticiones de la demanda del presente juicio, éstas son: 1ª y 3ª, la declaración de que el Colegio procedió indebidamente a declarar la caducidad, tanto por falta de motivo como de potestad para hacerlo en la forma en que lo hizo; 4ª, como resultado de esas declaraciones, la de estar resuelto el contrato y la condenación a pagar a Vargas las cantidades que adelante se verán por separado en obsequio de la claridad de este resumen; 5ª, que el Colegio, aunque hubiera podido proceder administrativamente, carecía de derecho para decretar la caducidad e imponerle multa; 6ª, que al proceder como procedió, el Colegio quebrantó normas de derecho universal; 7ª, que no podía tomar como base de su decisión de caducidad memoriales de Vargas retirados por éste cuando se hizo ese pronunciamiento, y 8ª, que el Colegio pague las costas del juicio.

Las sumas cuyo pago se demanda en el presente juicio, aludidas aquí al hablar del punto 5º de ella son: un total de $ 5,458 por indemnización de perjuicios, detallado así: $ 1,500 por artículos de consumo destinados por Vargas a dicha alimentación en los citados meses de junio y julio de 1926; $ 490 por alimentación y otros servicios en ese junio y primera quincena de ese julio; $ 468, precio de los enseres destinados por Vargas a ese servicio y que el Colegio le tomó en esta suma y no le pagó, y $ 3,000, valor de la ganancia o provecho de que se privó a Vargas con la caducidad.

Como se ve, hay completa igualdad en el objeto de una y otra de las dos demandas comparadas: la primera comienza por pedir separadamente $ 700 y $ 800, que la segunda comienza pidiéndolos conjuntamente ($ 1,500), con una misma procedencia e imputación en uno y otro caso. Una y otra piden en seguida $ 490 con la misma igualdad de imputación. En seguida ambas piden $ 468 con exacta igualdad. Y en cuanto a perjuicios, si la segunda se limita al lucro cesante, la primera se extiende también al daño emergente, sometiendo ambas las respectivas fijaciones en ellas propuestas a lo que determine un avalúo pericial.

De los varios elementos requeridos por el citado artículo 474 para que la cosa juzgada surta efecto en otro juicio se tiene, por lo que acaba de verse, la igualdad de objeto. Cuanto a identidad jurídica entre las personas litigantes, apenas habrá para qué decir que también la hay siendo aquí

también demandante Vargas y demandado el Colegio.

El recurrente, sin negar la concurrencia de estos elementos, sostiene que no puede producirse la cosa juzgada porque falta el otro elemento requerido por dicho artículo 474, cual es la igualdad de causas, sobre lo cual levanta su principal argumentación, consistente, como ya se vio, en invocar ahora la resolución del citado contrato como fuente y demandar su declaración en forma expresa, sin haber mediado este pedimento en el primer litigio cuya sentencia ha fundado aquella excepción.

A este respecto se detiene a analizar esa sentencia y a poner de relieve los reparos que la Corte formuló en el sentido de faltar un pedimento expreso de cumplimiento o de resolución del contrato tal como plantea estos dos extremos el artículo 1546 del C. C. para poderse acoger, en su caso, la demanda de perjuicios.

Si efectivamente al sentenciarse ese primer pleito, el juzgador se hubiera abstenido de considerar sus respectivas súplicas por faltar el requisito de esa solicitud expresa, cabría entrar ahora a estudiar si, como afirma el demandante, no se produjo el juzgamiento y por tanto no se creó eso que aquí produjera la cosa juzgada. Pero, lejos de haber ocurrido tal abstención, el Tribunal en su sentencia de entonces y la Corte en la suya de 10 de febrero de 1932, estudiaron el fondo del pleito y tanto al absolver ambas al Colegio de Boyacá como la Corte al reformar la del Tribunal para exonerar a Vargas de la multa a que lo había condenado, tuvieron en cuenta el incumplimiento de ambas partes y la imposibilidad consiguiente de cada una para demandar a la otra, todo a la luz de las probanzas que obraban en autos y de las disposiciones legales atañederas al fondo del litigio.

Así lo persuade un breve análisis del fallo de la Corte, a que se procede examinándolo en el orden en que él expone su estudio sobre los varios puntos materia del litigio y los varios cargos materia del recurso de casación, a saber:

Observando que en primer lugar se acusaba el fallo por error de hecho en la apreciación del contrato al considerar al Colegio capacitado para declararlo caducado administrativamente, concluye negando y diciendo: "Se ve, pues, que el fundamento principal del fallo fue la falta de cumplimiento por parte de Vargas de las obligaciones que contrajo para con el Colegio en el mencionado contrato".

Entra ese fallo en seguida en el segundo motivo, que es "error de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba testimonial y la pericial traídas por el actor para demostrar que cumplió con sus obligaciones contractuales", y después de estudiar detenidamente tales pruebas, rechaza el cargo, advirtiendo que no hubo lugar a tomar en cuenta el peritazgo, referente a utilidades dejadas de obtener por Vargas, porque al Colegio se le absolvió en razón de haber dejado Vargas de cumplir sus compromisos.

Respecto del tercer motivo, relativo a las declaraciones de ciertos testigos, advierte que las tachas de que allí se habla no se opusieron en oportunidad y repite que por otra parte está comprobado el no cumplimiento de Vargas a sus obligaciones contractuales.

Lo tocante al cuarto motivo se estudiará aquí adelante. En el quinto, para rechazarlo, advierte la Corte que la caducidad fue un fundamento accesorio del fallo del Tribunal, cuya "base principal reposa en el hecho de que el contratista no cumplió con sus obligaciones contractuales, y que, por lo tanto, el Colegio no estaba obligado a cumplir con las suyas; de suerte que, aunque tuviera el recurrente razón en su ataque, el fallo sería intocable...."

El sexto motivo consiste en violación del artículo 1546 del C. C. en cuanto condenó el Tribunal a la multa contrademandada por el Colegio sin haber contenido la contrademanda solicitud de resolución ni de cumplimiento del contrato. La Corte aceptó el reparo y absolvió a Vargas de la multa. A este respecto cabe observar en primer lugar que lo tocante a multas en nada atañe al presente juicio, y en segundo lugar, que este singular punto fue el único en que tuvo incidencia sobre la parte resolutiva del fallo de entonces el concepto sobre necesidad de demandar expresamente el cumplimiento o la resolución del contrato, pues en todo lo demás la Corte acogió o refrendó los conceptos y decisión del Tribunal, entrando ella, como había entrado él, en el fondo en el cual y para el cual halló el incumplimiento del contrato por una y otra de las dos partes contratantes.

Así, pues, si la Corte consignó la doctrina según la cual una u otra de esas dos súplicas —cumplimiento o resolución del contrato— eran indispensables, no por eso dejó de estudiar y decidir el caso plenamente. Se hace esta observación, porque en el estudio del cuarto motivo, anunciado atrás, consistente en que Vargas como recurrente de entonces decía violados por no haberlos aplicado los artículos 1613, 1614 y 1615 del C. C. al no condenar al Colegio al pago del lucro cesante y del daño emergente, di-

ce la Corte: "Se hubieran violado esos artículos si se hubiera declarado resuelto el contrato o si se hubiera decretado su cumplimiento, pues esas indemnizaciones se deben por no haberse cumplido la obligación o haberse cumplido imperfectamente, y como el fallo no resolvió ninguna de las dos cosas, no es ocasión de aplicar esas disposiciones".

Es así como se pone en evidencia que, no obstante no haberse demandado entonces el cumplimiento ni la resolución del contrato sin embargo la Corte, refrendando el fallo del Tribunal, al hallar que el incumplimiento total o parcial es la fuente de esas indemnizaciones, absolvió a ambas partes de sus cargos recíprocos por haber incurrido ambas en incumplimiento. A ello conducía el artículo 1609 del C. C.

No fue, pues, óbice al estudio de fondo, ni a reconocer ese incumplimiento ni a pronunciar la decisión que en tal forma correspondía sobre cada uno de los puntos puestos en litigio por la demanda principal y la de reconvención el reclamo aludido, formulado por la Corte allí mismo en estas palabras: "Las demás declaraciones que dice el recurrente dejó de apreciar el Tribunal, se refieren a los perjuicios sufridos por el contratista Vargas, pero para que se pudiera condenar al pago de esos perjuicios, habría que demostrar que el Colegio no había cumplido con las obligaciones contractuales, para lo cual ha debido pedirse la resolución o el cumplimiento del contrato, en ambos casos con indemnización de perjuicios; pues ha sido anómalo demandar perjuicios sin demandar previamente la resolución o el cumplimiento del contrato, como ha sucedido al presente".

Parece lo probable que de este párrafo tomado aisladamente sea de donde haya derivado Vargas la esperanza de posibilidad judicial de nuevo pleito sobre sus mismas súplicas de entonces repetidas una a una ahora, como ya se vio. Pero, a más de que un párrafo aislado no puede determinar el sentido y alcance de la pieza o conjunto a que pertenezca, ello es que en ese pleito anterior, así como en el presente, la base y clave de la demanda ha sido el incumplimiento del contrato por el Colegio y que ese incumplimiento es un tema estudiado y decidido desde entonces.

Y por aquí se llega a la conclusión de que la actual demanda tiene las mismas causas de aquella otra, es decir, que este otro elemento de la cosa juzgada milita también. El haber introducido en la demanda de ahora la solicitud expresa de resolución del contrato no es, pues, algo que se oponga a esa igualdad de causas, dado el modo de estudiar y de decidir las súplicas de la demanda anterior, esto es, la decidida en definitiva en la sentencia de la Corte de febrero de 1932 aquí analizada y parcialmente transcrita.

Debe advertirse, por otra parte, que en aquel primer pleito se estudió ya y decidió lo relativo al proceder del Colegio en cuanto declaró la caducidad por los motivos que adujo y en la forma en que lo hizo.

Queda, por tanto, rechazado el cargo de violación del artículo 174 del C. J. Cuanto a la del artículo 1546 del C. C. sucede otro tanto, porque de reconocerse la cosa juzgada, tal como lo fue en el referido primer pleito, mal puede deducirse quebranto de esta última disposición, a que se agrega que el Tribunal en su sentencia de ahora no conceptúa ni procede en forma que desvirtúe tal artículo 1546 o lo desoiga o lo deje de aplicar debiendo aplicarlo. Lo que sucede es que se limita a reconocer que el incumplimiento por el Colegio, que fue la fuente del primer libelo y sus peticiones y que es la fuente del presente y las suyas, quedó enfrentado, por decirlo así, y enervado ante el de Vargas, por lo cual, asistiendo a uno y otro la excepción non adimpleti contractus (C. C., artículo 1609), no hubo lugar a condenación a cargo de ninguno de los dos contratantes, recíprocamente demandados en el referido primer pleito, y que absuelto entonces el Colegio de todo cuanto Vargas le exigía mal podía ser condenado ahora en pleito en que se le hacen las mismas exigencias. Y ello, como detenidamente se ha visto, sin lesionar en manera alguna dicho artículo 1546.

No puede pasarse por alto, por lo significativo que es, este detalle: entre los sumandos que formaron en el primer pleito y que forman en el presente el total demandado, figura la cantidad de $ 468 como precio en que Vargas dice que tuvo que dejar algunos elementos suyos destinados al servicio de alimentación en el Colegio retenidos por éste cuando caducó el contrato, cantidad de que afirmó Vargas en su pleito iniciado en 1927 y en el de ahora afirma también, que el Colegio no le ha pagado. Y, con indicación de haber obrado en aquel primer pleito, está obrando en el presente el recibo firmado por él en esa cantidad fechado el 30 de noviembre de 1926, así como la factura detallada de esos enseres y la cuenta de cobro. Estos documentos originales forman los folios 58 a 60 del cuaderno C.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la Re-

pública 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 trece de diciembre de mil novecientos treinta y cinco.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Antonio Rocha, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J., Juan Francisco Mújica, Eduardo Zuleta Angel, Emilio Prieto Hernández, Srio. into.

RECURSO DE HECHO

En el derecho procesal no puede confundirse la acción con los requisitos necesarios para su ejercicio. La materia de aquélla se determina por la naturaleza del bien garantizado por la norma que se aplique, mientras que éstos se refieren a las determinadas condiciones de titularidad que son comunes a todas las acciones. Para ejercitar válidamente cualquiera acción, esto es, precisar, desde el punto de vista legal, los sujetos del litigio, se requieren tres condiciones: a) Capacidad para ser parte; b) Capacidad para comparecer en juicio, y c) Legitimación en causa. Estas tres condiciones no constituyen el contenido de ningún pleito, sino su viabilidad. Deben ser siempre examinadas de oficio por el sentenciador y cuando cualquiera de ellas falta, la decisión nunca versa sobre el fondo del derecho controvertido.

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

(Magistrado ponente: Dr. Juan Francisco Mújica)

MATERIA DEL RECURSO DE HECHO

José Antonio Contreras demandó ante el Juzgado del Circuito de Ceretá a Evaristo Contreras, por la vía ordinaria, a fin de obtener la nulidad de un contrato de compraventa sobre bienes raíces; la restitución para la sucesión de Pedro Antonio Contreras de las fincas correspondientes, junto con sus frutos naturales y civiles, y la condena en costas del demandado.

El Tribunal Superior de Cartagena sentenció acogiendo las súplicas de la demanda, con fecha 27 de abril de 1936.

El apoderado del demandado interpuso recurso de casación contra aquella providencia, apoyándose en que, a pesar de no exceder en dos mil pesos ($ 2,000.00), la cuantía del juicio, este versa sobre el estado civil del demandante, a causa de que en la demanda se afirma por el actor su calidad de heredero de Pedro Antonio Contreras y en la contestación a ella, como en los alegatos de la parte demandada, se niega el grado de parentesco que aquél alega.

Además, agrega el recurrente, "en las declaraciones de la parte petitoria de la demanda también se observa que el negocio versa sobre el estado civil, desde luego que se pide en nombre de una sucesión y con un carácter de heredero que supone un grado de parentesco que la parte contraria considera no existe y que también sostiene no se ha demostrado en legal forma. Y lo mismo que puede decirse de la demanda, podemos afirmar de las sentencias de primera y segunda instancias".

El 8 de julio de 1936, el Tribunal no accedió a conceder la interposición del recurso de casación, porque el juicio ordinario no versa sobre el estado civil, ni la sentencia hizo declaración ninguna a ese respecto. Ni siquiera, añade el Tribunal, fue motivo de excepción la legitimidad de la personería del actor.

SINTESIS DE LA FUNDAMENTACION DEL RECURSO DE HECHO

José Antonio Contreras no demandó en su propio nombre sino para la sucesión de Pedro Antonio Contreras. Por consiguiente necesitaba demostrar el demandante su calidad de hijo legítimo el de cujus, pues de lo contrario no podía "hablar en nombre de la sucesión ni ejercer derecho pertenecientes a ella". Eso es de la esencia de este negocio; sin ello la acción no puede prosperar".

De ahí la necesidad de discutir el estado civil de hijo legítimo que invoca el actor.

En el primero de los hechos de la demanda se afirma que el demandante es heredero de Pedro Antonio Contreras. Y esa hecho, no probado, sobre el estado civil de José Antonio Contreras es "la base del pleito".

El interés del actor para pedir la declaración de nulidad del contrato, "es el que se desprende del estado civil que pregona y sostiene y que no ha demostrado".

La sentencia parte del supuesto de que José Antonio es hijo de Pedro Antonio Contreras. De lo contrario, prescindiendo de ese estado civil, no hubiera podido prosperar la acción.

"Versar un juicio ordinario sobre el estado civil es tratar esa cuestión en forma necesaria para poder decidir".

El Tribunal, para negar la concesión del recurso de casación interpuesto, dice que la sentencia no contiene declaraciones sobre el estado civil, pero para poder fallar como lo hizo tuvo en cuenta el estado civil. Esos dos criterios sobre un mismo punto son, pues, contradictorios.

MOTIVOS

Para que un pleito verse sobre el estado civil, se requiere que el objeto de la demanda se refiera a ese estado civil. (Inciso final del artículo 519 del Código Judicial).

En el derecho procesal no puede confundirse la acción con los requisitos necesarios para su ejercicio. La materia de aquélla se determina por la naturaleza del bien garantizado por la norma que se aplique, mientras que éstos se refieren a las determinadas condiciones de titularidad que son comunes a todas las acciones.

Para ejercitar válidamente cualquiera acción, esto es, precisar, desde el punto de vista legal, los sujetos del litigio, se requieren tres condiciones: a) Capacidad para ser parte; b) Capacidad para comparecer en juicio, y c) Legitimación en causa.

Estas tres condiciones no constituyen el contenido de ningún pleito, sino su viabilidad. Deben ser siempre examinadas de oficio por el sentenciador y cuando cualquiera de ellas falta, la decisión nunca versa sobre el fondo del derecho controvertido.

Así como no todas las personas son titulares de derechos y obligaciones, tampoco todas gozan de la capacidad para ser partes en el litigio. De ahí la necesidad de examinar por parte del Tribunal el primero de los requisitos dichos, o sea, el de si en la sucesión de Pedro Antonio Contreras es susceptible de radicarse el derecho, materia de la acción incoada.

El concepto de parte es formal en el derecho procesal, porque no siempre se exige que los litigantes sean los sujetos del derecho controvertido. Es más, en muchos casos la ley incapacita a este sujeto para llevar el proceso en persona. Esta segunda cualidad, o sea, en este caso, la indispensable al actor para intervenir en el proceso, debió analizarla el Tribunal, por cuanto que la ley no capacita para comparecer en juicio a las sucesiones.

Por último, la legitimación en causa consiste en determinar si la persona que ejercita el derecho en la demanda es la misma a quien la ley faculta para ello, y si la acción se dirige contra la persona frente a la cual dispone la ley que debe hacerse valer aquel derecho. Esta tercera condición la analizó el Tribunal, desde luego que el derecho controvertido no radicaba en cabeza de José Antonio Contreras.

Una vez que el Tribunal encontró suficientemente demostrados esos tres supuestos de titularidad de la acción ejercitada, procedió a la estimación de ésta, previo su análisis.

Como se ve, la cuestión del estado civil de José Antonio Contreras, o sea el grado de parentesco que lo liga a Pedro Antonio Contreras, es punto ajeno al contenido mismo de la acción ejercitada.

Por los motivos dichos, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no admite el recurso de hecho en este asunto.

Para los efectos del artículo 514 del C. J., comuníquese esta providencia al Tribunal Superior de Cartagena.

Notifíquese, cópiese y publíquese.

Antonio Rocha, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J., Juan Francisco Mújica, Eduardo Zuleta Angel, Emilio Prieto Hernández, Srio. into.

SALA DE CASACION EN LO CRIMINAL

JURISDICCION POR CAMBIO DE RADICACION DE UN SUMARIO—SOBERANIA DEL JURADO EN LA APRECIACION DE PRUEBAS

No hay nulidad por incompetencia de jurisdicción en un Tribunal cuando, por virtud de haberse radicado en su distrito un sumario, confirma o revoca el auto de proceder proferido en un Juzgado de otro distrito judicial. El Jurado es soberano para apreciar las pruebas, de donde se deduce que salvo una contraprueba, o la carencia de elementos de convicción, sus dictados no pueden considerarse como notoriamente injustos.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, octubre trece de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente, Dr. Salvador Iglesias).

El Tribunal de Ibagué por sentencia de 23 de febrero de 1935, confirmó la del Juez 2º Superior del mismo Distrito en que se impuso a Francisco Gil e Ismael Echeverry, como autores del delito de doble homicidio en las personas de Daniel Ospina y Tulia Moreno, la pena de veinticinco años de presidio.

Se impuso también a Arcadio Potes la pena de cinco años, diez meses de presidio, como encubridor del homicidio consumado en Daniel Ospina, y se absolvió a Octavio Martínez.

Gil y Echeverry interpusieron recurso de casación, que luégo sustentaron separadamente en la siguiente forma: Gil por las causales 2ª y 3ª, y Echeverry por las señaladas en los numerales 1º, 3º, 5º y 6º del artículo 3º, Ley 118 de 1931.

El señor Procurador General de la Nación conceptuó que debe sostenerse firme el fallo recurrido.

Sustanciado debidamente el recurso, la Corte pasa a resolver, analizando ante todo las causales 2ª y 6ª, para estudiar las otras en forma global, pues del contexto de los alegatos se infiere que éstas convergen todas a las tesis de la irresponsabilidad de los procesados por deficiencia en la prueba.

La causal 2ª se hace consistir en que la sentencia es violatoria de la ley procedimental por cuanto se dictó en un juicio viciado de nulidad sustancial, nulidad que depende, en sentir del recurrente Gil, en que el Tribunal de Ibagué no era competente para revisar el auto de enjuiciamiento proferido por el Tribunal de Cali, el cual se hallaba ejecutoriado.

Este reparo carece en absoluto de base, pues lo que ocurrió fue lo siguiente: En el proceso hubo lugar a cambio de radicación, la que se surtió trasladándolo del Distrito Judicial de Cali al de Ibagué, a donde pasó con auto de proceder del Tribunal de Cali confirmatorio del proferido por el Juzgado Superior de allí. El Fiscal del Juzgado 2º Superior de Ibagué pidió la nulidad de lo actuado por cuanto el auto del Tribunal de Cali no había sido proferido en Sala de Decisión, según el artículo 35 de la Ley 104 de 1922. La nulidad fue decretada por el Juez y luégo el Tribunal de Ibagué, en fuerza de esta nulidad aceptada por él, confirmó el auto de proceder del Juzgado Superior de Cali.

Nada vale el argumento del recurrente, pues en lo relativo al auto de enjuiciamiento del Tribunal de Cali, lo que acontece es que tal proveído no tenía existencia legal, llevando, como llevaba, la firma de uno solo de los Magistrados; y entonces el problema que se presentaba al Tribunal de Ibagué, equivalente al de Cali por virtud del cambio de radicación, era sencillamente el de revisar el auto de proceder del Juzgado de Cali, para confirmarlo o revocarlo.

Y así se hizo, con la circunstancia de que el Tribunal de Ibagué en su confirmatoria del auto de proceder del Juzgado de Cali, no introdujo modificación alguna a los términos en que estaba concebido el suscrito por uno de los Magistrados del Tribunal de Cali.

En relación con la causal 6ª y por las alegaciones del recurrente Echeverry, infiere la Corte que para éste implica una contradicción la diferencia entre el veredicto respecto de Potes y el proferido en su contra, por cuanto que él, condenado como autor de doble homicidio, considera su situación jurídica en el proceso, si no mejor, al menos igual a la de Arcadio Potes, condenado por simple encubrimiento en el homicidio de Daniel Ospina.

Tal alegación es por demás especiosa, porque esta diferencia en las incriminaciones del Jurado respecto de los dos sindicados, es únicamente la apreciación de distintos gra-

dos de responsabilidad, con base en los elementos procesales que estuvieron sometidos a la crítica de los Jueces de conciencia. Más aún: que el veredicto contra el procesado Potes se considere demasiado benigno, no significa que sea excesivo el que se profirió contra el recurrente Echeverry.

CAUSALES 1ª, 3ª Y 5ª

Como arriba se dijo, las tres convergen a un mismo punto, según las alegaciones de los recurrentes, a saber, que las pruebas del sumario no son aptas para condenarlos.

La Corte observa:

Los elementos materiales del horripilante crimen cometido en las personas de Daniel Ospina y Tulia Moreno se hallan superabundantemente establecidos en el juicio; de suerte que no se descubre cómo puede ser vulnerable la sentencia a la faz de la causal 3ª

En cuanto a la injusticia notoria del veredicto, los recurrentes arguyen por medio de críticas contra la fuerza de la confesión rendida por dos de los sindicados. Pero en el proceso obra grave prueba indiciaria además de aquellas confesiones, y hay que tener en cuenta que el Jurado es soberano para apreciar las pruebas, de donde se deduce que salvo una contraprueba, o la carencia de elemntos de convicción, sus dictados no pueden considerarse como notoriamente injustos; y en el presente caso, ni siquiera sería aceptable estimar como erróneo el veredicto.

Sobre indebida aplicación de la ley penal, ante el texto de los veredictos, es inoficiosa toda consideración acerca de la cantidad de pena imponible, pues tratándose de dos homicidios, calificado uno de ellos como asesinato, el sentenciador tenía que ir al máximo que señala el artículo 598 del Código Penal en relación con el Acto Legislativo número 3 de 1910.

A mérito de lo expuesto, 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 que no es el caso de infirmar, y no infirma, la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, de veintitrés (23) de febrero de mil novecientos treinta y cinco (1935), por la cual se impuso a cada uno de los reos Francisco Gil e Ismael Echeverry, la pena de veinticinco (25) años de presidio por doble homicidio en las personas de Daniel Ospina y Tulia Moreno.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente.

José Antonio Montalvo, Salvador Iglesias, Pedro Alejo Rodríguez. Alberto Malo B., Srio. en pdd.

DELITOS DE EMPLEADOS PUBLICOS.—JUECES QUE INTERVIENEN EN DEBATES PUBLICOS DE CARACTER POLITICO

El artículo 18 de la Ley 105 de 1931 prohibe á los funcionarios del Poder Judicial la intervención en debates públicos de carácter político, lo cual constituye por parte del Juez una transgresión de los deberes de su cargo a la faz del Capítulo 5o., Título 10o., Libro II del Código Penal. El legislador ha prohibido de modo terminante y sin distingo de propósitos la intervención de los empleados judiciales en las actividades políticas, y la Corte tiene especial empeño en que se cumplan de manera estricta estas normas moralizadoras, que garantizan el decoro del Poder Judicial.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, octubre diez y nueve de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente, Dr. Salvador Iglesias).

El Tribunal Superior de Popayán sobreseyó definitivamente por providencia de 8 de julio de 1936 a favor del doctor Neftalí Narváez, Juez del Circuito de Patía, por los cargos que se le hicieron en la siguiente denuncia presentada por el señor Aquileo Ordóñez al Ministerio de Gobierno:

"De acuerdo con la Ley 105 de 1931 (sobre organización judicial, etc., etc), Título 1º, Art. 18. Les está vedado a los empleados del orden judicial intervenir en debates públicos políticos. Pues bien, el señor Juez de este circuito, doctor Neftalí Narváez, en su carácter de tal, intervino franca y abiertamente el día cinco de los corrientes y año

en curso, fecha ésta en que se celebraron las elecciones para Diputados a la Asamblea. Los actos de violencia, coacción, amenazas, desafíos de que hizo gala el precitado Juez en la fecha anotada, se hallan comprobados en las pruebas que tengo a bien adjuntar al presente memorial.

"Señor Ministro de Gobierno, por un deber de ética social, no quiero relatar los hechos más indignos y vergonzos con que el señor Juez de este circuito, doctor Neftalí Narváez, ejecutó contra los electores que no sufragaron por la plancha de candidatos de sus simpatías, arrebataba papeletas, insultaba, desafiaba y lanzaba los improperios más bajos contra el señor Gobernador del Cauca y el Gobierno Nacional. Ruego muy encarecidamente al señor Ministro de Gobierno, tomar atenta nota de estos desmanes que a fuer de ser inconvenientes son también peligrosos, máxime cuando se trata de un representante de la Justicia, que ha echado por el suelo todo el decoro oficial con que se halla investido, manchando así la soberanía de la República".

El señor Procurador delegado en lo penal en su vista de 28 de agosto último pide se confirme la mencionada providencia, que ha venido en consulta a la Corte.

Para resolver se considera:

Con respecto a los cargos de coacción en elecciones, violencias, amenazas a las personas (artículo 236, Ley 85 de 1916), que se dice cometió el doctor Narváez en la población de El Bordo con motivo de la elección para diputados a la Asamblea del Cauca, en el año de 1935, la Corte estima que no puede deducírsele responsabilidad alguna, por falta de la prueba legal, y en esto se halla la Sala de acuerdo con la opinión del señor Procurador.

Pero no así en lo tocante a la violación del artículo 18 de la Ley 105 de 1931, que prohibe a los funcionarios del Poder Judicial inmiscuírse en debates públicos de carácter político, lo cual constituye una transgresión por parte del Juez, de los deberes de su cargo a la faz del Capítulo 5º, Título 10º, Libro II del Código Penal.

Sobre esta imputación obran contra el Juez acusado, no sólo las declaraciones que presentó el denunciante, sino los mismos testimonios aducidos por el doctor Narváez en su descargo; pues si bien es cierto que estos declarantes subrayan la circunstancia de que el Juez prenombrado no ejerció coacción en las elecciones, reconocen que estuvo presente en El Bordo durante la votación, interviniendo allí por medio de actividades y reclamos concernientes a la emisión de los votos.

Aún más, el propio doctor Narváez, sindicado, se expresa en su indagatoria así:

".....Yo me encontré presente la mayor parte de las horas del día, cerca a los Jurados de Votación, en compañía de los señores Gustavo Burbano, César Valencia, Carlos Hurtado, Julio Castillo (domiciliados en El Bordo), y especialmente con Leonardo Castro y Augusto Burbano (estudiantes en la Universidad del Cauca—que se hallan en Popayán), con el fin de que las elecciones se verificaran con orden y poder evitar—en caso dado—cualquier motín, así como para el solo efecto de ayudarles a los electores a encontrar su nombre en las listas fijas junto a los Jurados, e impedir la congestión de gentes. Así se pasó mucho rato, sin que nada anormal ocurriera, hasta que a eso de las diez de la mañana de ese día, se presentó ante los Jurados el señor Aurelio Ordóñez E. en forma desafiante y con miradas provocativas, y sin saber el motivo empezó a invocarle la madre al señor César Valencia, con la expresión de "Hijo de....., y sacando un revólver amenazó dispararle un tiro a distancia de unos diez pasos. Pero como Valencia conoció que su agresor Ordóñez era un sujeto moralmente despreciable, de pésimos antecedentes, impulsivo y de un pasado dudoso, le expresó que no tenía sujeto y que por tal razón no merecía ser atendido. Así terminó este incidente. Durante toda la mañana del día de elecciones a que aludo siempre se le vio a Aurelio Ordóñez Erazo ir y venir a los jurados empujando a obreros de la carretera, a quienes conducía hasta las urnas con papeleta en mano; pero aquéllos se resistían ante la insistencia de Ordóñez, quien con todo empeño les repetía que no se dejaran presionar, que votaran sin miedo, pero no le querían obedecer. En uno de estos actos fuímos avisados varios de los que nos encontrábamos reunidos allí, entre ellos el señor Gustavo Burbano, Gerardo Constaín (residente en esta ciudad), Carlos Hurtado, creo que también César Valencia y el que habla, de que el señor Aurelio Ordóñez acababa de arrebatarle y romperle su papeleta al elector Ricardo Muñoz, obrero de la carretera a órdones del cabo Mendoza, en el sector Bordo Estrecho, y un minuto después vimos a Aurelio Ordóñez Erazo que conducía cogido del brazo al elector Ricardo Muñoz y lo empujó al Jurado de Votación, presidido por don Mariano Ramírez V., los miembros compañeros señores Luis M. Rodríguez, Fructuoso Ledezma y Sergio M. Ibarra, diciéndole que votara, que no se dejara sugestionar y presionar, cuando en realidad de verdad, era el mismo Aurelio Or-

dóñez quien ejercía coacción de la manera escandalosa y pública como refiero. Ante esa actitud de Aurelio Ordóñez, en mi carácter de autoridad judicial, y por entrañar el hecho una verdadera coacción eleccionaria, yo y el señor Gustavo Burbano le increpamos duramente tan indecorosa conducta, no sé qué expresiones le dirigí, pero es lo cierto que ese acto fue presenciado por los miembros del Jurado, que nombré, y por el señor Rufo Martínez que se encontraba a dos o tres pasos de distancia del lugar del altercado, quienes dirán lo que oyeron".

Estos elementos del informativo son suficientes para acreditar que están reunidos los requisitos del artículo 1627 del Código Judicial para llamar a juicio al Juez de Patía, doctor Narváez, por el cargo legalmente probado de intervención en debates políticos; y aun cuando el doctor Narváez protesta en su indagatoria que obró con la sana intención de coadyuvar al mejor orden en las votaciones, es lo cierto que el Legislador ha prohibido de modo terminante y sin distingo de propósitos la intervención de los empleados judiciales en las actividades políticas, y la Corte tiene especial empeño en que se cumplan de manera estricta estas normas moralizadoras, que garantizan el decoro del Poder Judicial.

En el expediente obran las constancias que acreditan legalmente que el doctor Narváez tenía el 5 de mayo de 1935 el carácter de Juez del Circuito de Patía, de donde se deduce la competencia del Tribunal de Popayán y por ende la de la Corte para conocer en el presente negocio, el cual fue iniciado a virtud de queja acompañada de la prueba sumaria correspondiente.

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, resuelve:

1º Abrese causa criminal por los trámites extraordinarios contra el doctor Neftalí Narváez, en su carácter de Juez del Circuito de Patía, por delito de responsabilidad de las que se definen y castigan en el Capítulo 5º, Título 10º, Libro II del Código Penal, en relación con la Ley 105 de 1931; y

2º Se sobresee definitivamente a favor del mismo Juez doctor Neftalí Narváez por los demás cargos que se le formularon.

Queda así reformado el auto del Tribunal Superior de Popayán, materia de la consulta.

Dése cumplimiento a las disposiciones de los artículos 1889 y concordantes del Código Judicial.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente.

José Antonio Montalvo, Salvador Iglesias, Pedro Alejo Rodríguez. Alberto Malo B., Srio. en pdd.

ENTRE LOS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL DELITO DEBEN TENERSE TAMBIEN EN CUENTA FACTORES RELACIONADOS CON SU ASPECTO INTENCIONAL

La causal tercera de casación no prospera en el presente caso; pues si bien es cierto que entre los elementos constitutivos del delito deben tenerse también en cuenta factores relacionados con su aspecto intencional (ley 104 de 1922, artículo 24), es inaceptable la tesis del recurrente de que circunstancias como la premeditación tengan que aparecer acreditadas por dos testigos hábiles. El artículo 167 de la ley 40 de 1907 admite como aptas diversas pruebas para establecer del cuerpo del delito, y A FORTIORI, cualquiera de sus elementos. Y si hubo base para formular el cargo de premeditación en el auto de proceder, tampoco prosperan las causales 5a. y 1a.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, noviembre nueve de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Alejo Rodríguez)

El 29 de abril de 1935, el Juzgado 2º Superior del Distrito Judicial de San Gil, con residencia en el Socorro, condenó a Bernardo Celis Amaya como autor de homicidio premeditado en la persona de Urbano Hernández, a la pena de doce años de presidio y las accesorias consiguientes, calificando la delincuencia en el menor grado.

Para ello el Juzgado sentenciador tuvo en cuenta el veredicto simplemente afirmativo

que por unanimidad profirió el Jurado al contestar el siguiente cuestionario:

"¿El acusado Bernardo Celis Amaya es responsable de haber dado muerte voluntaria y premeditadamente a Urbano Hernández, por medio de las siguientes heridas: una con proyectil de escopeta situada en el muslo de la pierna izquierda que lo atravesó; dos de instrumento punzante y cortante en el estómago, situadas en la región del ombligo, que le interesaron la piel y los primeros tejidos; otra de la misma naturaleza en el antebrazo izquierdo, que le interesó la piel y músculos hasta el hueso, y otra también de instrumento cortante en el costado derecho, a seis y medio centímetros de la axila, que debió ser muy profunda y haber interesado órganos internos de esa región, pues de la boca salían piltrafas como de pulmón, hecho ejecutado como entre siete y ocho de la noche del día quince de julio del año de mil novecientos treinta y dos, en el punto de 'Los Medios', cuadrilla de 'Llanita', de la jurisdicción municipal de Simacota?".

Apelado el fallo para ante el Tribunal Superior de San Gil, esta entidad lo confirmó por medio del proferido el 31 de julio de 1935, contra el cual interpuso recurso de casación el sentenciado.

Concedido que le fue y surtidos en esta Sala los trámites de regla, se pasa a resolver.

El señor Procurador General de la Nación conceptúa que debe mantenerse en pie la sentencia recurrida.

Las causales que alega el recurrente son la 3ª, la 5ª y la 1ª de la ley 118 de 1931; y la Corte procede a analizarlas en el mismo orden en que han sido presentadas.

Causal 3ª

Dice el alegato del recurrente:

"La sentencia es violatoria de la ley por cuanto ha habido error en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito".

En efecto: El cuerpo del delito es el fundamento de todo juicio criminal y él viene a quedar establecido con la prueba de los elementos constitutivos señalados en la respectiva disposición penal (artículos 1512 del C. J. y 24 de la ley 104 de 1922).

El artículo 584 del C. P. dice que el homicidio es premeditado cuando se comete voluntariamente y ha sido precedido de una deliberación o resolución previa de cometerlo. Es decir, exige como elemento constitutivo del delito específico homicidio premeditado la resolución o deliberación previa. Y si hemos de atenernos al artículo 24 de la ley 104, ya citado, tal elemento debe deducirse desde el auto de proceder; proveído en el cual, por corresponderle a un juez de derecho, la apreciación debe estar sujeta a tarifa legal de pruebas.

Los artículos 1627, inc. 2º, del C. J. y 25 de la ley 104 de 1922, preceptúan en relación con la prueba del cuerpo del delito que tal elemento debe estar plenamente probado; y esa plenitud legal es la contemplada en los artículos 1625 y 1675 del C. J., o enunciándola, es la suficiente para admitir la existencia de un hecho, claramente establecido por dos testigos hábiles.

Y cabe preguntar ahora, HH. magistrados en qué prueba se basó el juez a quo, y en la oportuna apelación el juez ad quem, para admitir en el auto de proceder el elemento premeditación? El señor juez de derecho acogió en su providencia el concepto del señor agente del Ministerio Público que en la parte pertinente dice: 'y como Urbano en nada lo ofendió, según se desprende de los testimonios de Roso y de Jeremías, el homicidio no tuvo motivo inmediato ni remoto y, consiguientemente, debe presumirse premeditado, conforme a lo estatuído por el artículo 585 del Código Penal'. Es decir, se acogió la presunción penal de la premeditación y se dio por probado un hecho que por ninguna parte aparecía en la plenitud contemplada por el legislador. Y esto olvidando que el defecto contenido en el código de las penas ha quedado subsanado por la ley procedimental y que el artículo 585 no es una disposición propiamente penal sino de derecho probatorio. Además, la inocencia es lo único que se presume, siendo de rigor la prueba de todo hecho incriminativo (nemo praesumitur malus nisi probetur).

Y no se pretenda fundamentar la prueba de la premeditación en las declaraciones de Basilio Figueroa (f. 7), Juan Bautista Figueroa (f. 14 v.) y Andrés Vargas (f. 5), toda vez que ellas no hacen prueba plena de tal elemento. En efecto: Basilio Figueroa era hermano de Urbano Hernández, y Juan Bautista Figueroa medio hermano del último y además niño de doce años de edad; no quedando entonces más que el dicho de Andrés Vargas, insuficiente para una probanza completa. Y tal análisis y argumentación es de rigor por lo apuntado anteriormente: por lo que la premeditación es elemento constitutivo de delito específico y cuya existencia es de apreciación de derecho debido a que ella se debe tener en cuenta en el llamamiento a juicio.

Además, y para abundar en razonamientos, es preciso tener en razón que en el in-

terrogatorio se deben incluír todos los elementos específicos, lo cual no puede hacerse sin la plena prueba que respalda el señor juez de derecho. Esto por si se adujere que en el auto de proceder tan sólo se puede tener en cuenta el género del delito.

De ahí la causal 3ª invocada".

La Corte observa:

Verdad es que al tenor del artículo 24 de la ley 104 de 1922, "los elementos constitutivos del delito señalados en la respectiva disposición penal, serán la base de la comprobación del cuerpo del delito"; y, por consiguiente, entre estos elementos constitutivos del delito deben tenerse también en cuenta factores relacionados con el elemento intencional, v. g., la premeditación en el homicidio, o el a sabiendas de que la ley requiere específicamente en algunos delitos, ya que ésta es la única forma de compaginar la disposición transcrita con el artículo 1612 del Código Judicial, conforme al cual "se entiende por cuerpo del delito un hecho criminoso y punible, según las leyes".

Pero en cuanto a los modos de comprobación del cuerpo del delito, es inaceptable la tesis del recurrente de que para admitir la existencia de un hecho —la premeditación en este caso— sea necesario que esté "claramente establecido por dos testigos hábiles". El artículo 157 de la ley 40 de 1907 admite como aptas diversas pruebas para establecer el cuerpo del delito, y a fortiori, cualquiera de sus elementos. Dice así esta disposición: "El cuerpo del delito se comprueba con el prolijo examen que se haga por facultativos o peritos de las huellas, rastros o señales que haya dejado el hecho, o con las deposiciones de los testigos que hayan visto o sepan de otro modo la perpetración del mismo hecho, o con indicios necesarios o vehementes que produzcan el pleno convencimiento de dicha perpetración".

Como se ve, la ley admite que el cuerpo del delito se demuestre, ya sea por prueba pericial, ya por la material o real, por la testimonial, o por la indiciaria; y respecto de esta última no exige que los indicios sean necesarios, pues basta con que los haya vehementes.

Así las cosas, no habría motivo suficiente para concluír que el Juzgado Superior del Socorro y el Tribunal de San Gil anduvieran desacertados al formular el cargo de premeditación contra Bernardo Celis Amaya en el auto de proceder, respaldándolo en los términos siguientes:

"Lo que ocurre en el caso es que Bernardo enfurecido quizás porque Urbano no fue a prestarle sus servicios en el labrantío, se vino a buscarlo, provisto de arma de fuego y de filo y al indagar por él en la labranza donde trabajaba Antonio Hernández y demás, dejó ver el propósito que lo guiaba, pues dicen casi todos que ostentaba un ánimo adusto y amenazante, muy poco tranquilizador; y como Urbano en nada lo ofendió, según se desprende de los testimonios de Roso y de Jeremías, el homicidio no tuvo motivo inmediato ni remoto y, consiguientemente, debe presumirse premeditado, conforme a lo estatuído por el artículo 585 del Código Penal". (Auto del Juzgado).

"Desvirtúa y anula la existencia de la pretendida injuria y agresión lo que afirman los testigos Andrés Vargas (5 v. y 22), Basilio y Juan B. Figueroa (7 y 14 v.): afirman ellos que cuando ellos trabajaban en una huerta, a las cuatro de la tarde del día del delito, pasó Bernardo Celis por el camino real que queda contiguo y, dirigiéndose a ellos, les preguntó en tono agrio y amenazante dónde estaba Urbano Hernández, y como lo dijeran no saber dónde se hallaría, Celis se dirigió hacia el punto de 'Los Medios', donde tres horas más tarde daba muerte a quien dice era su amigo. La Sala, en estas condiciones, deja constancia de la aceptación de la presunción de premeditación, deducida de aquellos testimonios". (Auto del Tribunal).

No hay lugar, pues, a infirmar la sentencia por la causal 3ª.

Causal 5ª

Dice el alegato del recurrente:

"La sentencia es violatoria de la ley por haberse dictado sobre un veredicto viciado de injusticia notoria.

Esta causal tiene íntima relación con la anterior y se compenetra en tal forma con ella que bien pudiera decirse que su separación es estrictamente mental o de orden lógico.

Y sostengo que el veredicto está viciado de injusticia notoria porque no siendo la respuesta del jurado más que la prueba de los hechos contenidos en el interrogatorio, ella no tiene asidero en la verdad procesal y, antes por el contrario, va en riña evidente con la prueba material inconcusa de la lesión que sufrí de manos del occiso y la cual agresión fue único motivo de mi ciega reacción. Al efecto me remito al alegato presentado por mi defensor, doctor Ricardo Arenas Calvete, el cual sirvió para de-

batir previamente ante el Tribunal la injusticia notoria del veredicto. Dicha pieza está visible a f. 86".

La Corte observa:

Bien dice el recurrente que para este caso la distinción entre los posibles fundamentos de la causal 3ª y los de la causal 5ª, es tan sólo mental o lógica.

Y si se desechó la causal 3ª por encontrar la Corte que los juzgadores de derecho tuvieron base en los autos para deducir el cargo de premeditación en el enjuiciamiento, mal podría calificarse de injusto el veredicto de los jueces de conciencia por haber declarado que existió aquella circunstancia, la cual por otra parte, entraba en la zona de apreciación del jurado como factor de responsabilidad.

Tampoco puede así prosperar el recurso por esta causal.

Causal 1ª

Dice el recurrente:

"La sentencia es violatoria de la ley penal por mala interpretación de ésta e indebida aplicación de la misma.

El artículo 587 del Código Penal dice que el homicidio se reputa simplemente voluntario cuando se comete mediando (en el caso presente) una provocación, ofensa, agresión, violencia, ultraje, injuria o deshonra grave que inmediatamente preceda al homicidio. Y el artículo 600 castiga tal delito con la pena de seis a doce años de presidio, dejándole al juez la facultad, según el artículo 602, inc. 2º, de rebajar dicha pena a la mitad.

Y ha habido mala interpretación de la ley por cuanto que el señor juez de derecho no interpretó debidamente el artículo 587 y consideró en cambio el 584, y aplicó indebidamente el 585.

Aun cuando, HH. magistrados, la violación de la ley arranca desde el auto de proceder, viciando ella el veredicto del jurado, que se refiere únicamente a la responsabilidad o elemento intencional, y a la sentencia definitiva. ¿Y todo por qué? Por la armonía que debe existir entre el auto de proceder, el veredicto del jurado y la sentencia definitiva".

La Corte observa:

Si en casos de homicidio simplemente voluntario, como lo ha dicho constantemente la Corte, no puede aplicarse la pena atenuada del artículo 602 del Código Penal, cuando para ello no hay base ni en el cuestionario ni en el veredicto, con tanto mayor razón en tratándose de un homicidio premeditado, para el cual es de ineludible aplicación el artículo 595 del código; y habiendo aplicado este artículo la sentencia recurrida, no podría casarse ella por indebida aplicación de la ley penal, o sea por la causal 1ª.

A mérito de lo expuesto, 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 que no es el caso de infirmar, y no infirma, la sentencia del Tribunal Superior de San Gil, fechada el treinta y uno de julio de mil novecientos treinta y cinco, que impuso a Bernardo Celis Amaya la pena de doce años de presidio por el delito de homicidio premeditado.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente.

José Antonio Montalvo, Salvador Iglesias, Pedro Alejo Rodríguez. — Alberto Mala B., Srio. en pdad.

DEBE ESTIMARSE QUE EL JURADO EN SU VEREDICTO CALIFICO DE COMPLICE Y NO DE COAUTOR AL ACUSADO

Prosperan las causales 4ª. y 1ª. de casación; porque de la respuesta del jurado se deduce palmariamente que la idea de los jueces de hecho fue la de establecer una diferencia entre la responsabilidad de un autor principal y la del acusado, ya en cuanto a la objetividad de la acción, ora por la intención criminosa.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, diciembre primero de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Alejo Rodríguez)

En sentencia de 4 de junio de 1935 el Juzgado 1º Superior de Bucaramanga condenó a Ismael Pineda a la pena principal de

seis años de presidio, y entre las accesorias le impuso la de privación de los derechos políticos desde su mayor edad, siendo así que Pineda a la fecha de la sentencia contaba solamente diecinueve años.

Tal sentencia se basa en la apreciación que hizo el Juzgado de que Pineda resultaba únicamente cómplice del homicidio cometido por Pastor Arenales en la persona de Víctor Cenón Carrillo, según la respuesta que el jurado dio al cuestionario que le fue sometido por el juez.

El cuestionario dice:

"El acusado Ismael Pineda es responsable de la muerte violenta de Víctor Cenón Carrillo, ocurrida el día quince de septiembre de mil novecientos treinta y cuatro, en el sitio de La Palma, fracción de El Guásimo, del vecindario de Málaga, por haber atacado y herido con arma cortante y punzante a Carrillo, obrando en eso voluntariamente y en concurso recíproco con otros agresores que también hirieron a Carrillo, siendo tales heridas la causa de la muerte?"

La respuesta del jurado es del tenor siguiente:

"Sí por haber cooperado con las heridas a precipitar la muerte de Carrillo".

El Tribunal Superior de Bucaramanga interpretó el veredicto del jurado de manera distinta, consideró a Pineda como coautor de homicidio simplemente voluntario, y en esa virtud, prohijando la calificación de la delincuencia en segundo grado hecha por el juez a quo, reformó la sentencia de éste tan sólo para elevar a nueve años de presidio—pena correspondiente al autor—la de seis años que a Pineda se le impuso en primera instancia.

Recurrió en casación el defensor del procesado, invocando las causales 4ª y 1ª de la ley 118 de 1931, o sea desacuerdo de la sentencia con el veredicto del jurado, y, consecuencialmente, indebida aplicación de la ley penal. También sustenta la causal 1ª por el aspecto de la calificación del delito que, en opinión del recurrente, ha debido hacerse en tercer grado.

El señor Procurador General de la Nación es de concepto que se infirme parcialmente la sentencia en cuanto impuso a Pineda la pena de suspensión de los derechos políticos, cosa que también fue alegada por el recurrente.

Para resolver, se considera:

Causal 4ª—Desacuerdo de la sentencia con el veredicto.

Todo el problema gira alrededor de la interpretación que se dé al veredicto del jurado, o lo que es lo mismo, cual es el alcance de la siguiente declaración: "Si por haber cooperado con las heridas a precipitar la muerte de Carrillo".

A este respecto dijo el juez a quo en su sentencia:

"Si la pregunta del Juzgado hubiera sido contestada afirmativamente y sin modificaciones, Pineda sería coautor del homicidio, por cuanto habría dicho el jurado que él había atacado y herido a Carrillo voluntariamente, y en concurso recíproco con otros que también hirieron, siendo todas esas heridas la causa de la muerte. Pero el jurado, aunque admitió la responsabilidad del acusado Pineda, modificó su situación jurídica notablemente, por cuanto dijo dos cosas de mucha importancia en la apreciación final: que Pineda había cooperado en el delito, sin producirlo él mismo; y que esa cooperación fue accesoria, por cuanto apenas sirvió para 'precipitar la muerte de Carrillo' y no para producirla directamente.

Quiere decir esto que Ismael Pineda no es autor de la muerte de Carrillo sino cómplice del delito, porque es cómplice el que coopera voluntariamente en el delito de otro...."

Muy acertados halla la Corte estos conceptos del Juzgado de primera instancia, porque de la respuesta del jurado se destaca palmariamente que la idea de los jueces de hecho fue la de establecer una diferencia entre la posible responsabilidad de Pastor Arenales y la que debe asignársele a Ismael Pineda; ya en cuanto a la objetividad de la acción de éste, dada la naturaleza de las heridas que infirió, ora por la intención criminosa, que no fue la de causar, sino apenas la de precipitar la muerte de Carrillo, en sentir del jurado.

No se puede tampoco perder de vista que según los elementos del proceso, la escena inicial del homicidio ocurrió entre Arenales y Carrillo, y que Pineda sólo intervino después. Por consiguiente, la participación de Pineda aparece como secundaria, en el tiempo, en la voluntad y en la forma de obrar.

Prospera pues, la causal 4ª de casación, y a Ismael Pineda debe condenársele como cómplice de homicidio simplemente voluntario en la persona de Víctor Cenón Carrillo, con observancia de los artículos 27 (inciso 1º) y 600 del Código Penal.

Causal 1ª Indebida aplicación de la ley penal.

Es claro que admitiendo la Corte como fundada la causal 4ª, ello implica la aceptación de que la ley penal se aplicó indebidamente en el fallo recurrido, por lo que respecta a la pena que se impuso al pro-

cesado Pineda considerándolo coautor del delito.

Pero no así en lo relativo a los otros dos aspectos por los cuales se ha alegado esta causal.

En cuanto a la calificación de la delincuencia en segundo grado, no halla la Corte ilegalidad alguna, supuesto que concurren circunstancias agravantes y atenuantes, tales, entre aquéllas, la indefensión de la víctima y la crueldad en la agresión de Pineda; de suerte que aun descartadas las circunstancias contra las cuales arguye el recurrente sobre falta de motivo para el ataque y pluralidad de los agresores, siempre subsisten razones para la calificación en segundo grado.

Por lo que hace a la pena de suspensión de los derechos políticos tratándose de un menor, en sentencia de tres de noviembre último, dijo la Corte:

"a) La pena de 'privación temporal o perpetua de los derechos políticos' de que habla el artículo 41 del Código Penal, ha sido reemplazada por la de 'suspensión indefinida' de los mismos (ley 10 de 1936); y si es verdad, como el señor Procurador arguye, que repugna privar a alguien de lo que no tiene, también es cierto que puede muy bien suspenderse, en calidad de pena, la adquisición futura de derechos.

"b) El mismo artículo 41 del Código Penal enuncia como penas accesorias las de privación o suspensión de empleo o de pensión, las cuales se aplican habitualmente en las sentencias, aconteciendo que en la mayoría de los casos el penado no disfruta de empleo ni de pensión cuando se profiere la condena; y

"c) La pena accesoria de inhabilitación temporal o perpetua para ejercer empleo público que consigna el numeral 2º, artículo 41 del Código Penal, es también una sanción que no viene a recaer sino sobre una mera expectativa".

Según el artículo 4º de la ley 118 de 1931, toca a la Corte dictar el fallo que deba reemplazar el del Tribunal de Bucaramanga, y a ello se procede.

En tal virtud 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 parcialmente la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga el diez de septiembre de mil novecientos treinta y cinco, en cuanto allí se impone a Ismael Pineda la pena de nueve años de presidio, y en su lugar condena al mismo Ismael Pineda a sufrir la pena de seis años de presidio que cumplirá en el lugar de castigo que el Gobierno designe, computándose como parte cumplida de esta pena el tiempo que el reo haya permanecido en detención o prisión preventiva.

Condénase, además, a Ismael Pineda a la pérdida de todo empleo público y de toda pensión, a quedar privado, desde su mayor edad, del ejercicio de sus derechos políticos por tiempo indefinido, a perder en favor del Estado, por vía de multa, el 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 pdad.

NULIDAD SUSTANCIAL DEL PROCESO CRIMINAL POR FALTA DE INTERVENCION DEL MINISTERIO PUBLICO

Constituye nulidad sustancial en el proceso criminal la falta de intervención en él del Ministerio Público.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, noviembre tres de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Salvador Iglesias)

Terminó el juicio por el doble delito de heridas, del cual es responsable Luis María Arboleda, con la sentencia del Tribunal Superior de Medellín de fecha 13 de noviembre de 1935.

Esta sentencia condenó al citado Arboleda a la pena principal de seis años y un mes y quince días de presidio, dándole aplicación a los artículos 645 y 649 del C. P. Y tal fallo fue reformatorio de el del Juzgado 2º del Circuito de Frontino, fechado el 10 de octubre de 1934, que calificando también la delincuencia en tercer grado, había condenado al mencionado Arboleda a la pena principal de tres años, quince días de presidio por el doble delito de heridas causadas a Antonio Graciano y a Ramón Lopera.

La sentencia de primera instancia y la definitiva del Tribunal consideran aplicables al caso los artículos 645 y 649 del C. P., pero el juez a quo lo encajó dentro del inciso 2º del artículo 1º antes citado, y el Tribunal en el inciso 1º de eso artículo. Consistió en eso la reforma y por ello el consecuencial aumento de pena que subió de los tres años, quince días de presidio a los seis años, un mes y quince días que impuso el Tribunal.

Oportunamente interpuso el defensor del procesado recurso de casación, sin mencionar causal alguna.

En la Corte el apoderado de Arboleda adujo la causal primera del artículo 3º de la ley 118 de 1931.

El señor Procurador General de la Nación haciendo uso de la facultad que le confiere el artículo 6º de la ley 118 de 1931 y habida consideración de que el recurrente se querella de que no se le hizo en forma amplia y efectiva la defensa, invoca la causal 2ª de casación, y la invoca de preferencia por tratarse de una nulidad, dejando de lado el análisis del motivo por el cual el apoderado del recurrente considera qe debe inhibirse la sentencia del Tribunal de Medellín.

Inútil considera ocuparse el señor Procurador de la cuestión relativa a la mala aplicación de la ley penal, puesto que la nulidad sustancial vicia el procedimiento y al estar probada la segunda causal a ella debe contraerse el fallo.

Motiva así el señor Procurador la causal que alega:

"Segunda causal:

"Ser la sentencia violatoria de la ley procedimental, por cuanto se dictó sobre un juicio viciado de nulidad sustancial según la ley.

"Esa nulidad que afecta el proceso, consiste en la falta de intervención del Ministerio Público a través de toda la actuación del juicio.

"Realmente, conforme al artículo 164 del Código Judicial, los Personeros Municipales de las cabeceras de Circuito, tendrán también el carácter de Fiscales de Circuito, y ejercerán las respectivas funciones.

"La población de Frontino, donde radica el Juzgado que sentenció en primera instancia, es cabecera de Circuito al tenor del art. 26 de la ley 23 de 1912, sobre División Territorial Judicial.

"Luego al Personero Municipal de allí le tocaba 'llevar la voz del Ministerio Público en todos los negocios en que éste deba intervenir y que se ventilen ante los respectivos jueces'. (Art. 178, numeral 1º del C. J.).

"Y como el artículo 1618 del Código de Procedimiento Criminal estatuye que 'en todos los juicios que se sigan o deban seguirse de oficio, se oirá siempre la voz del Ministerio Público, aunque haya acusador particular', síguese que el Fiscal del Circuito de Frontino era parte en esta causa como representante directo de la sociedad y, por lo mismo, su actuación era indispensable en todas las etapas del juicio.

"Ahora bien: constituye nulidad 'no haberse notificado a las partes el auto en que se abre la causa a prueba; pero el proceso no se anula si la parte no notificada hace uso del derecho de producir pruebas, ni tampoco si citada para recibir las de la contraria, no solicita dentro del día siguiente, que se retrotraiga el juicio al estado de hacérsele la notificación omitida y comenzar a correr dicho término'. (Art. 264 de la ley 57 de 1887, numeral 4º).

"Como en el presente caso no se le hizo al Agente del Ministerio Público ninguna notificación de los autos recaídos, es claro que él no podía tener intervención eficaz en el juicio, y entonces resulta meridiana la causal de nulidad que se alega.

"Con ello se violaron también los artículos 20 de la ley 104 de 1922, y 1710, 1711, 1798 y 1800 del Código Judicial, que expresamente le dan al Ministerio Público la participación directa en los actos trascendentales del juicio criminal.

"La Procuraduría General de la Nación, como entidad suprema del Ministerio Público, alega la causal invocada y pide respetuosamente a la Honorable Corte Suprema de Justicia infirme la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, de fecha 13 de noviembre del año pasado, a fin de que ordene la reposición del proceso a partir del auto de 16 de junio de 1934 (f. 29 vto.), que previno a las partes el derecho de solicitar la apertura de la causa a prueba".

La Sala encuentra legales los fundamentos con que sustenta el señor Procurador la causal 2ª.

Es nulidad sustancial la prevista en el numeral 4º del artículo 246 de la ley 57 de 1887. No habiéndose hecho notificación a las partes de autos tan importantes como el de apertura a prueba ni de ninguno de los demás recaídos en esta causa, es claro que el Ministerio Público no tuvo intervención en el juicio y que todas las disposiciones protectoras de la aplicación recta de la ley, en la defensa, se omitieron.

Resalta esto tanto más cuanto que el artículo 20 de la ley 104 de 1922 estatuye que la acción pública para la investigación y castigo de los delitos que han de perseguirse de oficio, corresponde exclusivamente al Ministerio Público, limitando la intervención de los particulares al denuncio, y la del acusador particular a la solicitud de las diligencias procedentes para comprobar el delito y descubrir los delincuentes y también al pedimento de embargo de bienes, para asegurar el pago de la indemnización civil.

La disposición citada, última de las expedidas sobre procedimiento penal concreta más, si cabe, la índole de la investigación establecida en el procedimiento penal que considera solo dos partes en el juicio:

a) El sindicado, a quien se le hacen los cargos y que tiene garantizado consecuencialmente el derecho de defensa; y

b) El Ministerio Público que representa a la sociedad tanto para incriminar al mismo sindicado como para solicitar las diligencias que crea conducentes al esclarecimiento de los hechos, en pro de la justicia, que es la función primordial del Estado, en relación con la protección de los derechos individuales, en cuya defensa debe observarse la plenitud de todas las formas propias de cada juicio, al tenor del artículo 26 de la Constitución.

En el caso presente, como lo demuestra el señor Procurador, la falta de intervención del Agente del Ministerio Público, acarreó vicio de nulidad sustancial en el juicio y la sentencia dictada en tales condiciones viola la ley procedimental, por lo cual el recurso prospera.

Respecto de la primera causal alegada por el recurrente, huelga su estudio, ya que la 2ª implica la reposición de lo actuado.

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo con el concepto del señor Procurador 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 Medellín, de fecha trece de noviembre de mil novecientos treinta y cinco, y ordena la reposición del proceso, a partir del auto de diez y seis de junio de mil novecientos treinta y cuatro (f. 29 vto.), que previno a las partes el derecho de solicitar la apertura de la causa a prueba, todo con intervención del señor Personero Municipal de Frontino.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente.

José Antonio Montalvo, Salvador Iglesias, Pedro Alejo Rodríguez.—Alberto Mala B., Srio. en pdad.

VEREDICTO CONTRADICTORIO

Para que haya contradicción ella no puede referirse sino a los términos del veredicto mismo, porque éste contenga afirmaciones contrapuestas que se destruyan, que impliquen ser y no ser al mismo tiempo el concepto que en el veredicto aparece; mas no puede llamarse contradictorio un veredicto que responde afirmativamente al cuestionario propuesto al Jurado. La contradicción debería ser, de existir, entre el cuestionario y la respuesta o, en el contenido de los veredictos, y en último caso sobre lo esencial de los hechos imputados.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, noviembre diez y siete de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Salvador Iglesias)

Con aplicación del artículo 600 del C. P. y calificándose la delincuencia en segundo grado, y basándose en el veredicto simplemente afirmativo a los sendos cuestionarios sometidos a la consideración del Jurado en la causa que por homicidio voluntario se abrió contra Florentino Renza, Antonio Renza, Manuel Santos Renza y Martín Correa, como responsables de la muerte de Rufino Durán, el Juez 2º Superior de Neiva, en sentencia de 11 de abril de 1935, condenó a los mencionados responsables a la pena de nueve años de presidio, y a las accesorias.

El Tribunal de Neiva, el 24 de septiembre de 1935, confirmó la sentencia del Juez a quo.

Oportunamente los Renza interpusieron recurso de casación que les fue concedido por auto de 25 de octubre del año pasado.

Ante la Corte el apoderado de los recurrentes sustentó el recurso en un largo alegato.

La tramitación está concluída.

El Procurador delegado en lo penal en su vista de 10 de julio de 1936, conceptúa que no hay motivo para casar el fallo recurrido. Igualmente expresa que no obstante haber estudiado con detención el proceso, "no encuentra que sea el caso de ejercitar la facultad que le confiere el artículo 6º de la ley 118 de 1931, porque la sentencia del H. Tribunal de Neiva está ajustada a los preceptos legales".

Refiriéndose a las causales 6ª y 1ª del artículo 3º de la ley 118 de 1931, que son los cargos aducidos contra la sentencia por el abogado de los Renza, el señor Procurador hace el siguiente análisis:

"SEXTA CAUSAL

"El señor apoderado de los recurrentes sintetiza su exposición sobre este punto en los términos que sigue:

"Todo lo anteriormente expuesto me lleva a concluír que el veredicto es evidentemente contradictorio, porque, según Escriche, contradicción, de donde viene contradictoria, es la incompatibilidad de dos proposiciones, de las cuales una afirma lo que la otra niega, no pudiendo ser a un mismo tiempo verdaderas'. Y precisamente por obra de los elementos objetivos que obran en el expediente no podía el Jurado responder sí al cuestionario propuesto por el Juez Superior, ya que con ello excluyó la realidad, y su veredicto equiparó al sí de su respuesta con el no que el plenario grita.

"No se requieren extensas ni profundas consideraciones para comprender lo infundado del cargo contra la sentencia por la causal que se analiza.

"La evidente contradicción, de que habla la ley, se refiere al veredicto; esto es, cuando el Jurado ha empleado términos que en sí mismos lleven la afirmación de dos conceptos opuestos; pero no puede imaginarse siquiera que el legislador haya establecido como causal de casación el hecho de que el veredicto esté en contradicción con la opinión que tenga el abogado de los acusados sobre el valor de la probanza. La sentencia del Tribunal se dictó sobre un veredicto que excluye toda contradicción porque consta tan sólo de un sí simple y rotundo.

"PRIMERA CAUSAL

"Haciendo algún esfuerzo se adivina que esta causal quiere fundamentarse en el cargo de que se aplicó mal la ley por haberse impuesto la pena establecida en el artículo 600 del Código Penal, en vez de haberse aplicado la contemplada en el artículo 604 de la misma obra.

"Como ya se vio, desde el auto de proceder se prefijó la naturaleza del delito y se excluyó la apreciación de que éste fuera de

los reputados por la ley como homicidio menos grave; luego el ataque al fallo recurrido por este aspecto es improcedente.

"Pero si no bastase esta consideración, entonces debe tenerse en cuenta que el artículo 604 se refiere al homicidio cometido por el provocado en el acto mismo de recibir la ofensa; y del plenario resulta que la víctima del delito esquivó la riña que quisieron provocarle sus victimarios".

En relación con la causal 6ª, la primera alegada y fundamentada en el escrito del abogado de los recurrentes, la Sala observa que la contradicción no pudo referirse sino a los términos del veredicto mismo, porque éste contenga afirmaciones contrapuestas que se destruyan, que impliquen ser y no ser al mismo tiempo el concepto que en el veredicto aparece.

Cuatro fueron los individuos llamados a juicio en esta causa: Florentino Renza, Antonio Renza, Manuel Santos Renza y Martín Correa. Para cada uno de ellos se propuso el siguiente cuestionario:

"El acusado Florentino Renza es responsable de la muerte de Rufino Durán, acaecida por consecuencia de varios golpes de garrote que éste recibió de manos de aquél y tres individuos más que conjunta y voluntariamente lo atacaron con ánimo de ultimarlo, hallándose indefenso el agredido y en un sitio en donde creyó ponerse a salvo de sus agresores, y habiendo éstos ejecutado su agresión con crueldad y sevicia y después de haber promovido por repetidas ofensas de palabra y de obra una riña que la víctima no aceptó; todo lo cual ocurrió en la madrugada del veintinueve de enero de mil novecientos treinta y cuatro, en la casa de Fermín Cerón, situada en el punto de Loma-larga, de la jurisdicción del Municipio de Naranjal?".

"El acusado Antonio Renza es responsable de la muerte de Rufino Durán, acaecida por consecuencia de varios golpes de garrote que éste recibió de manos de aquél y tres individuos más que conjunta y voluntariamente lo atacaron con ánimo de ultimarlo, hallándose indefenso el agredido y en un sitio en donde creyó ponerse a salvo de sus agresores, y habiendo éstos ejecutado su agresión con crueldad y sevicia y después de haber provocado por repetidas ofensas de palabra y de obra una riña que la víctima no aceptó; todo lo cual ocurrió en la madrugada del veintinueve de enero de mil novecientos treinta y cuatro, en la casa de Fermín Cerón, situada en el punto de Loma-larga, de la jurisdicción del Municipio de Naranjal?".

"El acusado Manuel Santos Renza es responsable de la muerte de Rufino Durán, acaecida por consecuencia de varios golpes de garrote que éste recibió de manos de aquél y tres individuos más que conjunta y voluntariamente lo atacaron con ánimo de ultimarlo, hallándose indefenso el agredido y en un sitio en donde creyó ponerse a salvo de sus agresores, y habiendo éstos ejecutado su agresión con crueldad y sevicia y después de haber promovido por repetidas ofensas de palabra y de obra una riña que la víctima no aceptó; todo lo cual ocurrió en la madrugada del veintinueve de enero de mil novecientos treinta y cuatro, en la casa de Fermín Cerón, situada en el punto de Loma-larga, de la jurisdicción del Municipio de Naranjal?".

"El acusado Martín Correa es responsable de la muerte de Rufino Durán, acaecida por consecuencia de varios golpes de garrote que éste último recibió de aquél y tres individuos más que conjunta y voluntariamente lo atacaron con ánimo de ultimarlo, hallándose indefenso el agredido y en un sitio en donde creyó ponerse a salvo de sus agresores, y habiendo éstos ejecutado su agresión con crueldad y sevicia y después de haber promovido por repetidas ofensas de palabra y de obra una riña que la víctima no aceptó; todo lo cual ocurrió en la madrugada del veintinueve de enero de mil novecientos treinta y cuatro, en la casa de Fermín Cerón, situada en el punto de Loma-larga, de la jurisdicción del Municipio de Naranjal?".

Los respectivos veredictos sólo contienen esta palabra: "SI",

Y han sido respondido por unanimidad, sin excepción en ninguno de los jurados.

En estas circunstancias no se ve de dónde resulta la contradicción encajable en el numeral 6º del artículo 3º de la ley 118 de 1931.

La contradicción debería ser, de existir, entre el cuestionario y la respuesta o, en el contexto de los veredictos, y en último caso sobre lo esencial de los hechos imputados a los cuatro responsables, porque conjuntamente los ejecutaron.

Como nada de esto aparece, la causal 6ª no puede prosperar.

Respecto de la causal 1ª, como lo anotó el señor Procurador, el artículo 600 está bien aplicado al caso. Se trata de un homi-

cidio simplemente voluntario cuyas características fijadas desde el auto de proceder, "no permiten considerarlo como de los menos graves en su especie".

Esta apreciación corresponde, según doctrina constante de la Corte, a los jueces de instancia.

Tampoco es el caso de considerar que la penalidad aplicable sea la del artículo 604, como lo pide el apoderado de los recurrentes, porque no ha habido riña. El auto de proceder descartó ésta y si esa hipótesis se sostuviese, el artículo aplicable sería el 602 pero siempre y cuando que se hubiese demostrado la existencia de la riña promovida por el occiso. Y así no aparece de autos.

Y si, volviendo sobre la congruencia del artículo 604 al caso de la sentencia, preciso es tener en cuenta que la provocación de que habla tal artículo, dimana de ofensa, injuria, o deshonra grave a la propia persona o a ciertos familiares, como padre, madre, hijo, de que habla el artículo 587 del C. P., la muerte debe ejecutarse en el acto mismo en que el provocador irrogue la injuria o deshonra.

Medió bastante espacio de tiempo entre las escenas del baile a que asistía Rufino Durán en casa de los Renza, y el suceso de la apaliada posterior. Surge eso de los autos. Por consiguiente, no hubo la simultaneidad requerida por el artículo 604, que dice textualmente: "mate en el acto mismo al provocador".

Lo expuesto es tan claro que insistir en otro comentario sería repetir aspectos de la misma tesis, pues se trata de la letra del Código Penal. Tampoco pues, puede prosperar la causal primera alegada.

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 del Tribunal Superior de Neiva de veinticuatro de septiembre de mil novecientos treinta y cinco, condenatoria de Florentino Renza, Antonio Renza, Manuel Santos Renza y Martín Correa a la pena de nueve años de presidio como responsables del homicidio cometido en la persona de Rufino Durán.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente.

José Antonio Montalvo, Salvador Iglesias, Pedro Alejo Rodríguez. — Alberto Mala B., Srio. en pdad.

NULIDAD EN EL PROCEDIMIENTO CRIMINAL.—APELACIONES DE LOS AUTOS DE PROCEDER

Constituye nulidad en el proceso criminal el hecho de fallar un solo Magistrado las apelaciones de los autos de proceder, cuando es bien sabido que debe hacerlo la Sala de Decisión, conforme a doctrina de la Corte.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, noviembre diez y siete de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente, Dr. Salvador Iglesias).

No obstante que el apoderado del reo en este asunto funda la demanda de casación en la causal 4ª del artículo 3º, ley 118 de 1931, el señor Procurador delegado en lo penal prescinde de estudiar los motivos presentados por el recurrente, porque el juicio está viciado de nulidad sustancial, e invoca la causal 2ª en virtud de la facultad que tiene por el artículo 6º de la citada ley.

El Procurador hace consistir la nulidad que alega, principalmente, en el hecho de que el auto de proceder, que por apelación subió al Tribunal Superior de Bogotá, no fue revisado en Sala de Decisión como lo previene el artículo 35 de la ley 104 de 1922; y pone de presente que el juicio adolece también de nulidad por irregularidades en la diligencia de sorteo de Jurados.

Como se ve, la Procuraduría ha acogido la doctrina de la Corte acerca de este punto de

la nulidad procedimental, causada por la circunstancia de que uno solo de los Magistrados del Tribunal decida de las apelaciones interpuestas contra los autos de proceder.

Tal doctrina fue expuesta, en fallo de 17 de octubre último, de la siguiente manera:

"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 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.

"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, 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 Andrade fue apelado y la apelación no se resolvió en la forma legal arriba explicada; y respecto a 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 el 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 (art. 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".

Aceptada así por la Corte la nulidad en el procedimiento a partir del auto en donde uno solo de los Magistrados del Tribunal revisó el de proceder dictado por el Juzgado 3º Superior de Bogotá, resultaría inútil cualquier análisis acerca de otro motivo de nulidad tratado por el señor Procurador en lo relativo al sorteo de Jurados.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo con el concepto del señor Procura-

dor 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 veintiocho de abril de mil novecientos treinta y seis, que impuso a José Rozo la pena principal de nueve años de presidio, por el delito de homicidio; y en su lugar anula lo actuado a partir del auto de dieciséis de julio de mil novecientos treinta y cuatro (f. 169), 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.

NULIDAD EN EL PROCESO CRIMINAL

Aunque la Corte ha aceptado la doctrina de que es motivo de casación, por la segunda causal, el hecho de no haberse proferido el auto confirmatorio del de proceder por la Sala de Decisión de un Tribunal, no es posible atender la solicitud de nulidad del proceso que se ha presentado después de terminada la tramitación del recurso de casación ante la Corte, pues tal equivaldría a una especie de articulación de nulidad por irregularidades anteriores a la sentencia definitiva, incidente inadmisible en casación.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, noviembre 26 de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente, Dr. Salvador Iglesias).

Por sentencia de 31 de marzo de 1936, el Tribunal de Bogotá condenó a Carlos Fernández o Carlos Manuel Fernández Mejía, por el triple delito de homicidio, perpetrado en las personas de Fidel González, Trinidad Vargas y Leonor González, a la pena principal de veinticuatro años de presidio.

El procesado interpuso recurso de casación, que le fue concedido el 16 de abril del año en curso, e invoca la causal 1ª, o sea la indebida aplicación de la ley penal, alegándola por dos aspectos:

Que la delincuencia ha debido calificársele en tercer grado y no en segundo; y

Que debió darse aplicación al artículo 602, inciso 2º del Código Penal, en vez de aplicar el 600 como lo hizo el Tribunal.

El señor Procurador delegado dice lo siguiente:

"Este Despacho ha estudiado con especial esmero el expediente y ha llegado a la conclusión de que no hay causal para infirmar aquella sentencia.

"Es verdad que en este proceso se ha debatido una cuestión importantísima, cual es la referente a la anormalidad del autor de los homicidios mencionados y tal debate se ha realizado a causa de que el propio Fernández insinuó en diversas ocasiones, durante el proceso, estar afecto de anomalías que impiden considerarlo como persona consciente de sus actos, lo que vale decir que debe considerarse como irresponsable a la luz de nuestra actual legislación penal.

"A esta insinuación se agregan las circunstancias especiales en que se cometieron los delitos y la insensibilidad moral mostrada por el agente inmediatamente después de la ejecución de aquellos crímenes.

"El Jurado, al responder el cuestionario referente a la responsabilidad del acusado contestó que Fernández sí fue responsable del triple homicidio 'pero en estado de embriaguez'.

"Dada esta respuesta, la cuestión quedaba reducida a analizar el alcance de esta frase aditiva del veredicto.

"Teniendo en cuenta el hecho demostrado de que el sindicado tomaba frecuentemente licores embriagantes y establecido también el modo voluntario y espontáneo como se colocó en estado de beodez, la noche que tuvieron lugar los acontecimientos a que se contrae este proceso, no cabe la menor duda acerca de la voluntariedad de esa embriaguez y por consiguiente, para apreciarla era de rigor la aplicación del art. 30 del Código

Penal, que fue precisamente el que tuvo en cuenta el H. Tribunal.

"El problema de si Fernández es o no anormal, debe darse por resuelto por la entidad técnica que tiene la debida autoridad científica para poder dictaminar sobre estas materias, esto es, la Oficina Central de Medicina Legal.

"Los señores médicos legistas después de haber practicado reconocimientos, en días distintos, al señor Carlos Fernández, dictaminaron que éste no presentaba en la época del dictamen signos de perturbación mental y no era un anormal; y en cuanto al estado psíquico del mismo examinado en los momentos en que realizó su delito, expresan aquellos médicos lo que sigue: 'El modo como se verificaron los hechos por que se le sindica, hacen la impresión de que tuvo una forma de embriaguez aguda de tipo esencialmente agresivo. No es posible en nuestro concepto el determinar hasta dónde pudo existir una falta de control inhibitorio de su voluntad, en un acto en que intervinieron factores desconocidos, y en que cada persona reacciona de modo variable bajo la influencia del alcohol, y otros elementos circunstanciales'.

"Por consiguiente, si el excelente cuerpo de jurados integrado por distinguidos elementos de la sociedad, y en su mayoría, por médicos muy competentes y de indiscutible pulcritud intelectual y moral, declaró a Fernández responsable del homicidio triple con la sola aclaración de que su acción delictuosa la cometió el acusado en estado de embriaguez, sin explicar de qué clase de embriaguez se trataba, lo lógico, lo jurídico, lo justo era apreciar la responsabilidad del agente en la forma en que lo hizo el H. Tribunal al aplicar la sanción que para el homicidio simplemente voluntario estatuye el art. 600 del Código Penal.

"Los señores Jueces de hecho, especialmente capacitados para apreciar las condiciones personales del acusado y el alcance de su veredicto, tuvieron a la vista el dictamen de la Oficina Médico-legal, y por lo mismo, no resulta pertinente la pretensión de apartarse de este concepto científico y de aquella opinión muy autorizada, no sólo por atribución legislativa sino por las particulares cualidades de los señores del Jurado.

"Dentro de nuestro sistema penal no es posible legal ni jurídicamente apartarse de la apreciación muy explícita de que el recurrente es el responsable de los delitos investigados y de que el mismo individuo no padece de perturbación mental ni puede estimarse como un anormal.

"Si nuestro Código Penal estuviera inspirado en las teorías de la escuela positivista y los Jueces al aplicarlo tuvieran un criterio formado en los principios de la misma escuela, la conclusión para efectos de la penalidad, sería la misma aunque se llegara a ese resultado por distinto camino.

"En cualquier renglón de las diversas clasificaciones de delincuentes en que se pretendiera colocar a Fernández, resultaría siempre que éste demostró al ejecutar los hechos criminosos, una especial capacidad delictiva y una máxima temibilidad o peligrosidad social, como suele decirse.

"Como se dijo atrás, la ley penal colombiana se aplicó acertadamente, toda vez que el acusado es responsable de un triple delito de homicidio simplemente voluntario, cuya calificación se hizo en segundo grado por aparecer demostradas circunstancias agravantes y circunstancias atenuantes.

"Por lo expuesto, la Procuraduría solicita respetuosamente de la honorable Corte que declare desierto el recurso".

No es posible declarar desierto el recurso como lo solicita el señor Procurador, puesto que, según se dijo arriba, el procesado invoca la causal 1ª y aun cuando de modo muy deficiente, hace algunas alegaciones relativas a la pena impuesta; pero antes de analizar estos puntos, es preciso observar que terminada ya la tramitación del recurso ante la Corte, el recurrente presentó un memorial en donde pide que el juicio se declare nulo, por cuanto el auto del Tribunal confirmatorio del de proceder, no se profirió en Sala de Decisión, sino por uno solo de los Magistrados.

Aun cuando es cierto que en el proceso existe tal irregularidad, y que la Corte ha aceptado que esa circunstancia es motivo de casación por la causal 2ª, no es posible atender en este caso la solicitud del procesado, en la forma y tiempo en que lo dirige. Allí no se propone la nulidad como causal del recurso, cosa extemporánea después de corridos como estaban todos los traslados; se trata más bien de una especie de articulación de nulidad por irregularidades anteriores a la sentencia definitiva, incidente inadmisible en casación.

Acerca de la calificación de la delincuencia en segundo grado, se tiene que el Tribunal enuncia como circunstancias agravantes "la embriaguez voluntaria; el uso de armas propias, la tierna edad de una de las víctimas; el sexo femenino de otra; la indefensión de todas". Teniendo en realidad el

carácter de agravantes ante la ley estas circunstancias, y siendo el Tribunal soberano para apreciar la prueba de su existencia, por más que paralelamente obraran atenuantes, estuvo en orden la calificación de la delincuencia en el grado medio, que es lo dispuesto en la parte final del artículo 123 del Código Penal, máxime cuando el Tribunal hizo la rebaja de sexta parte de que habla el artículo 124 ibidem.

Tampoco puede considerarse fundada la causal 1ª por el aspecto de no haberse aplicado el artículo 602 en vez del 600 del Código Penal, porque los tres homicidios materia de la sentencia no fueron definidos en los cuestionarios ni el veredicto como comprendidos en alguno de los numerales 1º, 2º, 4º, 5º o 7º del artículo 687; por el contrario, el auto de proceder dedujo el cargo de premeditación, circunstancia sobre la cual se interrogó al Jurado.

La Corte no omitió examinar el punto dilucidado en la sentencia y en la vista del señor Procurador referente a la posible anormalidad psíquica de Carlos Fernández, a pesar de que el recurrente ni siquiera aludió a ello como motivo de casación; pero se encontró que no era pertinente ahondar en esta cuestión, dada la conclusión terminante de la Oficina Central de Medicina Legal, que dijo: "Carlos Fernández no presenta actualmente signos de perturbación mental y no es un anormal" (folio 141). Y no debe perderse de vista que tres distinguidos médicos formaron parte del Jurado que decidió de esta causa.

A mérito de lo expuesto, 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 que no es el caso de infirmar la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, fechada el treinta y uno de marzo de mil novecientos treinta y seis, que impuso a Carlos Fernández o Carlos Manuel Fernández Mejía, la pena principal de veinticuatro años de presidio por el triple dlito de homicidio.

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.

PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL SEGUN LA LEY 5ª DE 1931, Y DIFERENCIA ENTRE EL DELITO DE NEGOCIACIONES INDEBIDAS (ART. 505 DEL CODIGO PENAL) Y EL DELITO COMUN DE ABUSO DE CONFIANZA (ART. 836 DEL CODIGO PENAL), EJECUTADO POR EMPLEADO PUBLICO

Cuando un funcionario público de los que no tienen el manejo de la Hacienda se vale del empleo que ejerce para negociar, en provecho propio, con los bienes puestos bajo su cuidado, la sanción aplicable es la del art. 505 del Código Penal, siempre que no haya sustracción o apropiación fraudulenta de aquellos dineros o bienes, pues en tal caso el hecho penetra en la órbita de los delitos contra la propiedad (art. 836 del Código Penal) y ya sea que se investigue por los trámites del juicio de responsabilidad, ya por los ordinarios, constituye un delito común y la prescripción penal respecto de él debe computarse con la deducción de que trata el art. 4º de la ley 5ª de 1931.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, veintiséis de octubre de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente, Dr. José Antonio Montalvo)

El Tribunal Superior de Medellín dictó auto de sobreseimiento definitivo, por estar prescrita la acción penal, a favor del ex-juez del Circuito de Jericó, doctor Antonio Mejía y M., sindicado de apropiación indebida de dineros entrados en depósito al juzgado, en cantidad de mil doscientos setenta y tres pesos, setenta y un centavos ($ 1.273.71).

Para resolver la consulta del mencionado auto, considera la Corte:

El Tribunal apreció el hecho como un abuso de confianza punible según los términos del artículo 836 del Código Penal; y computando el tiempo según la regla del artículo 95 ibidem, con la deducción de que trata el

artículo 4º de la ley 5ª de 1931, concluyó que está cumplido el lapso necesario para la prescripción.

El señor Procurador delegado en lo penal opina que tratándose de responsabilidad exigible a funcionarios públicos no es el caso de aplicar la rebaja de la ley 5ª de 1931; pero como estima que el hecho imputable al ex-juez Mejía debe apreciarse a la faz del artículo 505 del Código Penal, deduce de ahí que la acción prescribió en el curso de cuatro años, que es el término extintivo cuando se trata de delitos sancionados con pena incorporal.

Para la Corte, se halla en lo cierto el Tribunal de Medellín al estimar el hecho delictuoso imputado al juez de Jericó doctor Mejía a la faz del artículo 836 del Código Penal; porque la disposición del artículo 505 se refiere a la ingerencia de los funcionarios públicos en negociaciones indebidas, con las cuales se falta al decoro y pulcritud que les impone su calidad de agentes del Estado; y esto aun sin haber una sustracción o apropiación fraudulenta de dineros u otros bienes. La pena misma que se señala en el artículo 505 —pérdida del empleo o cargo y multa— está indicando la clase de faltas que allí se quiere sancionar.

En cambio, cuando el funcionario público pasa de la especulación o maniobra indecorosa a la apropiación de los bienes que están bajo su cuidado por razón del cargo que desempeña, penetra en la órbita de los delitos contra la propiedad, y su falta tiene que sancionarse con las disposiciones previstas específicamente para delitos de esa naturaleza; lo cual es tan lógico, que de confrontar el caso ante el artículo 505, el funcionario público quedaría sancionado en condiciones excepcionalmente favorables en relación con las particulares, lo que sería absurdo.

Así las cosas, y de acuerdo la Corte con la tesis del Tribunal de que no debe confundirse el juicio de responsabilidad con el delito que da lugar a dicho juicio, estima que la acción para imponer la pena del artículo 836 está prescrita en el presente asunto, pues el delito de abuso de confianza es un delito común, sea que se investigue por los trámites del procedimiento contra los particulares, o por el de responsabilidad, cuando el hecho delictuoso lo haya ejecutado un funcionario público prevalido del ejercicio de sus funciones.

Y desde que se acepte que el hecho, no obstante sus características de delito común, da lugar a un procedimiento de responsabilidad contra el funcionario que lo ejecutó, es clara la competencia del Tribunal y, por ende, la de la Corte, para decidir en el fondo del mérito del sumario, con sobreseimiento definitivo por prescripción de la acción penal, como acertadamente se hizo en este caso.

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 dictado por el Tribunal Superior de Medellín con fecha veintisiete de julio de mil novecientos treita y seis, a favor del ex-juez de Jericó doctor Antonio Mejía y M.

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.

CONCURSO MERAMENTE IDEAL DE DELITOS EN LA FALSIFICACION DE MONEDA, Y DELITO IMPOSIBLE DE CIRCULACION DE LA MISMA

Yerra el Tribunal sentenciador al apreciar la prueba del cuerpo del delito cuando profiere sentencia condenatoria por circulación de moneda falsa a pesar de que los conceptos periciales afirman haber sido tan imperfecta la imitación de la moneda legítima que "no pueden darse a la circulación" las falsas monedas. Un hecho como el incriminado se podría considerar, según el caso, más bien como un delito imperfecto de falsificación.

Cuando el auto de proceder no llama a juicio por doble delito de falsificación sino por uno consistente en la fabricación de falsas monedas de plata y de níkel, la sentencia no puede condenar por doble delito, pues, dada la unidad de agente, de acto y de fin, no hay un concurso real de delitos sino un concurso meramente ideal o formal.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, tres de diciembre de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente, Dr. José Antonio Montalvo)

El recurso de casación propuesto por Alberto Delgado y María Gaviria contra la sentencia del Tribunal Superior de San Gil que les impuso catorce años de presidio por el delito de falsificación de moneda, se ha fundado en las causales 1ª y 3ª

Por su parte, el señor Procurador delegado en lo penal solicita que se infirme la sentencia deteniéndose especialmente en la causal 3ª, o sea error en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito.

La Corte ha estudiado con la debida atención el alegato del doctor Gustavo Atuesta, apoderado de los recurrentes, así como la vista del señor Procurador, ambas piezas muy interesantes y documentadas, por cierto.

El argumento central contra la sentencia es el de que los conceptos periciales, en vez de corroborar la existencia del delito, indican que los artefactos tenidos en calidad de falsas monedas, no imitan en realidad las legítimas, de manera idónea para hacerlas circular. Dichos conceptos son del siguiente tenor:

"Los elementos que se nos ponen de presente son adecuados para la falsificación de moneda, dadas sus formas, señales y condiciones, y en vista de éstos es fácil o posible falsificar monedas de metales muy fusibles como plomo y estaño y no pueden servir para otros fines. (Yo el suscrito Secretario certifico que los elementos que se les pusieron de presente a los señores peritos son los troqueles de yeso hallados en casa de María Gaviria y Alberto Delgado y son los mismos a que se refieren las presentes diligencias). Por las huellas que demuestran los instrumentos de falsificación, se llegó a la conclusión de que sí fueron usados para la fabricación de monedas falsas. Examinadas las monedas que se nos ponen de presente, de cincuenta (50), veinte (20), diez (10) y cinco (5) centavos, las hallamos así: las monedas de cincuenta, veinte y diez centavos, se componen de una liga de estaño y antimonio, de este último muy poca cantidad; y las de cinco centavos de plomo y una pequeña cantidad de antimonio. Su presentación es defectuosa, están muy mal hechas y los metales de que se componen son inferiores a los que tienen las monedas nacionales. Las monedas que se nos ponen de presente son fabricadas y no alteradas e imitan las mismas señales y sellos de las monedas nacionales legítimas. Las referidas monedas de que se viene hablando estimamos que fueron fabricadas en los aparatos que se nos ponen de presente, pues coinciden sus señales y fechas. La imitación de las monedas es bastante diferente tanto en la clase de metales como en su fabricación, pues en todas se encuentra borrada parte de su sello y por tanto no pueden darse a la circulación. Las monedas de plata nacionales están compuestas así: novecientos milésimos (0,900) de plata y ciento (100) de cobre, con peso de veinticinco (25) gramos por cada cien centavos, y las de níkel, están compuestas a la ley de veinticinco por ciento (25%) de níkel y el sesenta y cinco por ciento (65%) de cobre....."

"Las monedas que se nos dice hizo circular Velásquez, imitativas de las legítimas de diez centavos y las de la misma cantidad encontradas a María Gaviria en su casa, tie-

nen el mismo origen y las mismas características, pudiéndose obtener con los elementos que se nos ponen de presente imitaciones suficientemente perfectas para poderse dar a la circulación....."

Transcribe la Procuraduría estos dictámenes, anotando posibles contradicciones en ellos; los analiza, y llega luégo a formular el siguiente dilema sobre la prueba pericial:

"Conforme a ese concepto de los peritos, puede concluírse lo siguiente: o que los acusados no emplearon para fabricar la moneda los elementos a que aluden los peritos, porque entonces hubieran obtenido que las piezas metálicas 'presentaran imitaciones suficientemente perfectas para poderse dar a la circulación', lo que no ocurrió aquí, pues precisamente las monedas quedaron mal imitadas y no eran aptas para la circulación; o que si los acusados emplearon esos instrumentos, no tuvieron la técnica suficiente para manejarlos, puesto que las monedas les resultaron 'muy mal hechas', al decir de los primitivos peritos. Y en ambos casos, los acusados ejecutaron actos burdos, actos ineficaces, que en la dinámica criminal carecían de la fuerza física para alterar el orden jurídico y plasmar un daño efectivo o potencial.

"Además, este segundo dictamen no destruye el primero: bien porque no se concreta al examen y análisis de las monedas; bien porque contiene simples afirmaciones sin respaldo ni demostración, y es principio inconcuso que domina hoy la prueba pericial, que el dictamen de los peritos vale, no por sus conclusiones, sino por la fuerza de los argumentos que las sustentan. Por eso dice el artículo 716 del Código Judicial que los peritos expresarán en todo caso, 'con precisión, exactitud y claridad, los fundamentos de su concepto y de las conclusiones a que lleguen".

Estas solas consideraciones, que la Corte acoge, bastarían para hacer ver que en el proceso contra Delgado y la Gaviria hubo error al apreciar la prueba del cuerpo del delito, y este error afecta, desde luego, la sentenecia recurrida.

Más razonable hubiera sido que los juzgadores de instancia, ante la vaguedad o incongruencia de aquellos dictámenes, hubiesen considerado el caso como un delito imperfecto.

Llama también la atención el señor Procurador hacia la indebida aplicación de la ley penal en que se incurrió "al romper la unidad del delito y dividir en dos actos distintos la fabricación de moneda", violando así el principio non bis in idem.

Acoge la Corte este reparo teniendo en cuenta:

El auto de proceder no llamó a juicio por doble delito de falsificación, sino por un solo delito, consistente en la fabricación de monedas de plata de veinte y de diez centavos, y de monedas de níkel de cinco centavos; al Jurado se le propuso un solo cuestionario por ese hecho, referente a cada acusado, y, sin embargo, la sentencia aplica una pena por la falsificación de monedas de plata y otra por la de monedas de níkel.

Esta confusión entre el concurso real y el meramente ideal o formal de delitos, apareja graves consecuencias en lo que respecta a la pena imponible, que se traducen en indebida aplicación de la ley.

Y aun cuando no es propiamente materia de la casación en este caso por no haberse alegado, debe la Corte llamar la atención a la irregularidad de que el enjuiciamiento se formuló con referencia al Título VIII del Libro II del Código Penal, siendo así que el Título que trata de los delitos contra la fe pública es el VII de dicho libro, error que hace incongruente la sentencia con el auto de proceder.

Por otra parte, en la audiencia pública no tuvieron defensa los procesados, cosa que la Corte no puede pasar desapercibida.

Como se ve, por más de un aspecto es vulnerable el proceso contra Delgado y la Gaviria; y, de consiguiente, la sentencia del Tribunal que le puso fin; pero desde que entre las causales invocadas figura la de error en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito, que resulta fundada según lo dicho atrás, la sentencia debe infirmarse de preferencia por esta causal, siendo así que ella es la que afecta de modo más radical, tanto la sentencia como el proceso mismo.

A mérito de lo expuesto, 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, invalida la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil fechada el veintiocho de abril de mil novecientos treinta y seis, en la cual se impuso a Alberto Delgado y María Gaviria la pena de catorce años de presidio, y en su lugar absuelve a los mismos Alberto Delgado y María Gaviria del cargo

de falsificación de moneda que fue materia del proceso.

Dése aviso telegráfico al Tribunal de San Gil para que se sirva ordenar la inmediata libertad de los acusados.

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.

REINCIDENCIA Y SIMPLE REPETICION DE DELITOS

El aumento de pena establecido por la ley 81 de 1922 se refiere a la mera REPETICION de delitos que no alcance a constituir REINCIDENCIA. Por consiguiente no puede el sentenciador imponerle simultáneamente al procesado el aumento por reincidencia (artículos 140 y 142 del Código Penal), y el ordenado por la precitada ley 81 de 1922; y menos aún pueden hacerse a la vez tres aumentos de pena: por repetición de delito, por reincidencia y por la AGRAVANTE de mala conducta anterior que se haga constar en la misma reincidencia.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, tres de agosto de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. José Antonio Montalvo)

El señor Procurador General de la Nación se opone a que la Corte infirme la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Barranquilla con fecha veintinueve de mayo de mil novecientos treinta y cinco contra Luis Molina Pérez, por falsedad en documentos públicos y estafa.

El Juzgado Superior del mismo distrito judicial impuso al procesado la pena de catorce años, siete meses de presidio, que se descompone así: como infractor del artículo 339 del C. P., diez años, por el delito de falsedad en documentos de crédito, calificado el delito en primer grado; como infractor del Capítulo V, Título III, Libro III (estafas y engaños), un año de reclusión que, convertida a presidio se redujo a ocho meses; y por el aumento correspondiente a una reincidencia (por delito que se había penado con cinco años cuatro meses de presidio), el resto.

El Tribunal Superior, al revisar la sentencia, le hizo un nuevo aumento, a fin de que cumpla la parte que las autoridades habían rebajado al procesado de su anterior condena y elevó ésta a diecisiete años, ocho meses, diez días de presidio.

El apoderado del recurrente, doctor Alejandro Hernández Rodríguez, ha invocado en casación tres causales: mala interpretación e indebida aplicación de la ley, error en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito, y desacuerdo entre la sentencia y el veredicto del jurado. Y sustenta las causales sobre la tesis de que en el presente caso no hubo perjuicios para terceros y que, por consiguiente, ni el jurado contestó un cuestionario completo; ni están reunidos todos los elementos que constituyen el cuerpo del delito de falsedad.

Como la ley penal colombiana no exige el elemento perjuicio de terceros en tratándose de falsedad de documentos públicos, como sí lo exige en general, para la falsedad de documentos privados, las tesis del señor apoderado recurrente no pueden prosperar por el aspecto por que él las propone.

Para la Corte no es aceptable que la sentencia pueda infirmarse por desacuerdo entre ella y el veredicto, ni por error en la apreciación del cuerpo del delito, bien que, de paso sea dicho, esta Sala nota discrepancia entre distintas providencias del Juzgado y del Tribunal en cuanto a la calificación jurídica del delito, que unas veces se denomina "falsedad en documentos de crédito" y otras, "falsedad de documentos públicos". Pero como la sentencia recurrida adopta esta última denominación, en concordancia con el auto de proceder, en donde se alude al Capítulo VI, del Título VII, Libro III del C. P., la Corte, al estudiar el presente recurso, debe atenerse a dicha calificación legal del delito.

Concretando, pues, el estudio a la causal primera de casación, indebida aplicación de la ley penal, encuentra la Corte que el fallo recurrido es vulnerable por los siguientes aspectos:

1º La calificación de la delincuencia.—Prohijó el Tribunal la tesis del juzgado a quo de que constituye circunstancia agravante la mala conducta anterior del procesado, acreditada en sentencia dictada contra él en tiempo anterior y aceptó, en consecuencia, la calificación en primer grado.

Y al propio tiempo aumentó la pena por reincidencia, en virtud del mismo fallo que invoca como demostrativo de circunstancia agravante.

Esto quiere decir que prácticamente se sancionó dos veces el mismo hecho, contra el principio non bis in idem.

Y como el juzgado no invocó sino dos agravantes, ésta de mala conducta anterior y "la mayor malicia y osadía con que cometió el delito" el procesado, sólo quedará subsistente esta última circunstancia, punto que se examinará adelante, al proferir el fallo que debe reemplazar al recurrido en casación.

2º Disposiciones penales improcedentes en el caso contemplado.—Ya se dijo que el delito quedó en definitiva calificado como falsedad de documentos públicos, de que trata el Capítulo VI, del Título y Libro respectivos del Código Penal; y el Tribunal sentenciador impuso la pena enunciada por el artículo 339, con la deducción prevista por el 341, artículos estos últimos que pertenecen a otro capítulo distinto (el IV del Título VII).

Es verdaderamente deplorable semejante incongruencia, porque la disposición que el juez y el Tribunal aplicaron implica una pena de cinco a diez años de presidio, y la disposición aplicable, que es la del 358 del C. P., comporta la de cuatro a ocho años.

3º Indebida aplicación de la ley 81 de 1922.—El Juzgado a quo agravó la pena por el cómputo de la reincidencia resultante de una condenación anterior proferida contra el procesado.

Pero el Tribunal, además de aceptar ese aumento por reincidencia, decretó otro, consistente en la parte de la pena que las autoridades administrativas habían rebajado al procesado, y que provenía de la misma sentencia que hizo al juez considerarlo como reincidente. Con esto se violó otra vez el principio non bis in idem.

En resumen: No se aplicó el artículo del Código Penal pertinente al caso, sino uno de capítulo distinto al enunciado en el auto de proceder; se calificó la delincuencia en primer grado, tomando para ello, indebidamente, como circunstancia agravante la reincidencia; y además del considerable aumento de pena causado por ésta, se inventó uno nuevo, con pretexto de aplicar la ley 81 de 1922, que no era pertinente, porque ella se dictó, cabalmente, para los casos de repetición del delito que no se hallan dentro de los casos de reincidencia contemplados por el Código Penal.

Por estos tres motivos el fallo recurrido cae bajo la causal 1ª de casación que se contempla en el artículo 3º de la ley 118 de 1931 y corresponde a la Corte proferir el que debe reemplazarlo.

Como en los juicios por jurado el veredicto es la prueba sobre la cual se funda el juez de derecho para dictar su sentencia, y en el presente caso el veredicto fue afirmativo sin modificación alguna, sobre ese veredicto debe la Corte aplicar la penalidad correspondiente.

El artículo aplicable es el 358 para el delito de falsedad y el 821 para el de estafa.

La calificación de la delincuencia se hace en tercer grado, porque la Corte no estima establecida ninguna especial circunstancia de agravación.

Así apreciado el delito, la pena que le corresponde al procesado es la de cuarenta y ocho meses de presidio por la falsedad (artículo 358) y un mes de reclusión por la estafa (artículo (821), o sea veinte días de presidio hecha la conversión respectiva, más el aumento por reincidencia, o sean cincuenta y seis meses, diez días de presidio, lo que da un total de ciento cuatro meses, treinta días, o lo que es lo mismo, ocho años nueve meses de presidio.

En 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 del Distrito Judicial de Barranquilla, de fecha veintinueve de mayo de mil novecientos treinta y cinco, y en su lugar condena a Luis Molina Pérez a sufrir la pena principal de ocho años y nueve meses de presidio que cumplirá en el establecimiento de castigo que designe el Gobierno, y a las accesorias de inhabilitación perpetua para ejercer empleo o cargo público, a la pérdida de toda pen-

sión del Estado, o a la suspensión indefinida de los derechos políticos y al pago de las costas procesales del juicio a que hubiere lugar.

Dése aviso al Presidente del Consejo Electoral de la ciudad donde esté el domicilio del sentenciado.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente.

José Antonio Montalvo, Salvador Iglesias, Pedro Alejo Rodríguez.—Alberto Malo E., Srio. en pdad.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

PENSION

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, agosto once de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro A. Gómez Naranjo)

La señorita Carlota Díaz, vecina de Bucaramanga, por medio de su apoderado doctor Roberto Delgado A., solicita se le conceda una pensión vitalicia de jubilación por sus servicios en la instrucción primaria oficial. La solicitud fue enviada a la Corte acompañada de un concepto favorable del señor Ministro de Educación Nacional. Para resolverla se considera:

Aparece en el expediente un certificado del señor cura párroco de Zapateca, en el cual consta que no fue hallada la partida de bautismo de la señorita Carlota Díaz, hija legítima de Florentino Díaz y Ana Inés Rueda. Para comprobar la edad de más de cincuenta años, se presentaron las declaraciones de los doctores Salvador Pérez y Gustavo González Ochoa, recibidas con intervención del señor Personero Municipal por el Juez 1º del Circuito de Bucaramanga, quienes dicen que por haber examinado a la señorita Carlota Díaz pueden afirmar con entera certidumbre que es mayor de cincuenta y cinco años de edad. Los testimonios están fundados y en ellos detallan los facultativos nombrados los motivos que tienen para conceptuar que la peticionaria está entre los cincuenta y cinco y los sesenta años de edad. Por tanto, son suficientes para acreditar la circunstancia de la edad que exige la ley 114 de 1913 para tener derecho a pensión de jubilación.

La señorita Carlota Díaz desempeñó con honorabilidad y competencia el cargo de maestra de escuela oficial en diversos lugares del Departamento de Santander, por espacio de veintitrés años, según lo certifica el señor encargado de la Dirección de Educación Pública del Departamento mencionado. El sueldo devengado durante los dos últimos años de servicio fue de treinta y cinco pesos ($ 35) mensuales.

Los testigos Margarita Díaz Otero y Francisco García Gory, quienes declararon ante el señor Juez 1º del Circuito de Bucaramanga, con intervención del señor Personero Municipal, dicen que la demandante es mujer pobre, sin bienes de fortuna y sin renta mayor de veinte pesos ($ 20) mensuales, provenientes de capital, profesión y oficio. Agregan que es persona bien reputada y que ha observado y observa conducta ejemplar notoria, pública y privadamente. El Juez certifica que los testigos son honorables e idóneos.

El Administrador de Hacienda Nacional de Santander certifica que la señorita Carlota Díaz no aparece como contribuyente al impuesto sobre la renta.

Tampoco es ni ha sido pensionada ni ha recibido recompensa del erario público. Así lo certifica el jefe de la sección respectiva del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Tiene la peticionaria, de acuerdo con las disposiciones de la ley 114 de 1913, derecho a la pensión de jubilación por sus servicios en la instrucción primaria oficial. La cuantía de la gracia debe ser la de diez y siete pesos con cincuenta centavos ($ 17,50) mensuales, o sea, la mitad del promedio de

los sueldos devengados durante los dos últimos años de servicios.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, decreta a favor de la señorita Carlota Díaz, vecina de Bucaramanga, una pensión vitalicia de jubilación de diez y siete pesos con cincuenta centavos ($ 17,50) mensuales, que le será pagada del Tesoro Nacional desde el catorce de julio pasado, fecha en que fue presentada la correspondiente documentación.

Esta pensión queda sujeta a las condiciones de suspensión y pérdida establecidas por las leyes.

Téngase al doctor Roberto Delgado A. como apoderado de la señorita Carlota Díaz en estas diligencias en los términos del poder que figura en autos.

Copia de esta sentencia será enviada a los señores Ministros de Hacienda y Crédito Público y de Educación Nacional y al señor Contralor General de la República.

Cópiese, notifíquese, publíquese y oportunamente archívese el expediente.

Eleuterio Serna R., Pedro A. Gómez Naranjo, Aníbal Cardoso Gaitán—Gustavo Gómez Hernández, Srio. en pdad.

EJECUCION POR UNA FIANZA DE CARCEL SEGURA

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, agosto veintiuno de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Eleuterio Serna R.)

El señor Alvaro Sánchez, en diligencia de veintiuno de marzo de mil novecientos veintisiete, se constituyó fiador de cárcel del sindicado Nicolás María Esguerra, bajo la multa de cien pesos para el caso de incumplimiento de sus obligaciones. El Juzgado de Policía Judicial de Bogotá, por auto de veintitrés de marzo de mil novecientos veintiocho, lo declaró incurso en dicha multa.

El mismo Sánchez, según diligencia de trece de noviembre de mil novecientos veintinueve, se constituyó fiador de cárcel del sindicado Aquilino Rico, bajo la multa de doscientos pesos, y el Juzgado 4º del Circuito en lo Criminal de Bogotá lo declaró incurso en la multa por auto de diez y seis de septiembre de mil novecientos treinta.

También el dicho Sánchez se constituyó fiador del sindicado Hernando Moreno bajo la multa de quinientos pesos, en diligencia de once de septiembre de mil novecientos veintiocho, y el Juez 3º del Circuito en lo Criminal de Bogotá, por auto de veintiséis de octubre de dicho año, lo declaró incurso en la multa.

Con copias de las resoluciones mencionadas el Juez Nacional de Ejecuciones Fiscales libró tres ejecuciones contra el señor Sánchez, cada una por la suma correspondiente y expresada en cada resolución, ejecuciones que se siguen bajo una misma cuerda.

El ejecutado, por medio de su mandatario, introdujo el siguiente memorial proponiendo "la excepción o excepciones que se deduzcan de los hechos siguientes:

"Primero. — La diligencia de fianza de cárcel segura que otorgó Alvaro Sánchez, como fiador de Hernando Moreno, en el Juzgado 3º del Circuito de Bogotá, el día once de septiembre de mil novecientos veintiocho, por la cuantía de quinientos pesos ($ 500.00), diligencia que en copia corre en los autos a folios 8, no fue firmada por el agraciado Hernando Moreno, desatendiéndose así el mandato legal contenido en el inciso 1º del artículo 14 de la ley 83 de 1915, y esa irregularidad, que es substancial, puesto que se refiere a una exigencia expresa de la ley, hace nulo e irrito el documento que sirvió de recaudo ejecutivo.

"Segundo.—El fiador Alvaro Sánchez no fue requerido en forma alguna para la representación de su fiador Hernando Moreno ante la autoridad de policía correspondiente y de consiguiente no estuvo en mora de cumplir las obligaciones que contrajo en el documento respectivo.

"Tercero.—El auto de fecha veintiséis de octubre de mil novecientos veintiocho, pro-

nunciado por el señor Juez 3º del Circuito de Bogotá, y en virtud del cual se declaró a Alvaro Sánchez incurso en la multa de quinientos pesos "conforme a lo estipulado en el contrato de fianza", extendido en favor del susodicho Hernando Moreno —auto que en copia figura en los autos a folio 8— no fue notificado personalmente, sino por medio de edicto, por lo cual tal auto no ha podido ejecutoriarse, y, en consecuencia, no puede exigirse su ejecución ante las autoridades".

Como se ve de lo manifestado, las excepciones sólo dicen relación a la fianza que Sánchez prestó a favor del sindicado Moreno, y a este punto debe concretarse la decisión de esta Sala, la que pasa a resolver en la forma siguiente, estando agotado el trámite que a dichas excepciones corresponde:

La excepción que resulta del hecho de que el fiado no firmó la diligencia correspondiente de fianza, es ineficaz. Basta transcribir la doctrina de esta Sala, sentada en la sentencia de catorce de agosto de mil novecientos veintiocho, en la cual se dijo:

"La diligencia de fianza de cárcel no es preciso que esté firmada por el detenido que por ella obtuvo la excarcelación. Cierto es que el artículo 14 de la ley 83 de 1915 exige, para mayor seguridad, que el fiado firme la diligencia de fianza, pero no para que sin ese requisito se concluya que no existe la obligación principal, con tanto mayor razón si de alguna manera consta el asentimiento del fiado". La Sala no tiene razón alguna para variar esta doctrina.

En cuanto a la excepción que resultaría del hecho que se anuncia en el punto segundo, consistente en que a Sánchez no se le requirió para que presentase a su fiado, conviene transcribir la parte pertinente de la diligencia, que dice: "....presente en el despacho del Juzgado el señor Alvaro Sánchez manifestó al señor Juez, por ante el Secretario del Juzgado, que por medio de esta diligencia se constituye fiador de cárcel segura del sindicado Hernando Moreno, comprometiéndose a presentar a su fiado ante el señor Juez de Policía Nacional de Bucaramanga, dentro del preciso término de quince días contados desde el día de hoy. En caso de que no se presente su fiado ante la autoridad dicha en el término indicado, pagará...."

El deudor está en mora, según el ordinal 2º del artículo 1608 del Código Civil, "cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto tiempo y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla.".

Habiéndose señalado a Sánchez un término preciso de quince días para presentar a su fiado, y no habiendo ejecutado la presentación dentro de ese lapso, no había necesidad, para declararlo incurso en la multa, de requerimiento especial, pues la diligencia de fianza lo contenía expresamente. La excepción es, por lo tanto, ineficaz.

En cuanto al hecho de que se deduce excepción porque la providencia en que se declaró incurso en la multa a Sánchez no le fue notificada personalmente, es necesario tener en cuenta:

El fiador de cárcel debe ser considerado como un tercero en el juicio que se adelanta al fiado, por la razón de no ser él la persona sindicada. Esto es así, aunque las diligencias que se sigan para la declaración de haber incurrido en la multa se consideren como asunto civil o criminal. Y siendo un tercero, la notificación de la providencia en que se le declare incurso en la multa debe hacérsele personalmente, y no por edicto, pues el artículo 312 del Código Judicial dispone que las notificaciones que se hagan a terceros deben verificarse personalmente.

Habiéndose notificado la resolución del Juez 3º del Circuito en lo Criminal, en que se declaró a Sánchez incurso en la multa de quinientos pesos por no haber presentado a su fiado Moreno, no personalmente, sino por edicto, el título ejecutivo es ineficaz, y así debe declararse, pues conforme al artículo 327 del Código Judicial, ninguna resolución produce efecto antes de haberse notificado legalmente a las partes. Por consiguiente, la resolución no está ejecutoriada; y siendo ello así, el auto sobre la multa no tiene eficacia, y no presta mérito ejecutivo en los términos del numeral 3º del artículo 1059 del mismo Código.

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 que existe la excepción perentoria de ineficacia del título ejecutivo en cuanto a la suma que se cobra al ejecutado Sánchez como fiador de Hernando Moreno.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Eleuterio Serna R., Pedro A. Gómez Naranjo, Aníbal Cardoso Gaitán—Gustavo Gómez Hernández, Srio. en pdad.

PENSION

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, octubre siete de mil novecientos treinta y seis.

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

La señorita Graciela Chacón Chacón, vecina del Municipio de Pandi, por medio de su apoderado doctor Raimundo Ruiz Santos, solicita una pensión vitalicia de jubilación por sus servicios en la instrucción primaria oficial. La solicitud fue enviada a la Corte, acompañada de un concepto favorable del señor Ministro de Educación Nacional. Para resolverla se considera:

Según lo certifica el señor Director de Educación Pública de Cundinamarca, la señorita Graciela Chacón ha prestado sus servicios como Directora de escuelas primarias oficiales en diversos lugares del Departamento, con honradez y consagración, por más de veinte años. Los sueldos devengados durante los dos últimos años de servicios, son los siguientes: de marzo de 1934 a enero de 1935, $ 70 y $ 60 mensuales; de enero a marzo de 1935, $ 58; de marzo de 1935 a enero de 1936, $ 60; de enero de 1936 en adelante, $ 65, que es el sueldo que devenga actualmente.

El Recaudador de Hacienda Nacional de Tibacuy certifica que la peticionaria no tiene renta fuéra de su sueldo de maestra.

La demandante no es ni ha sido pensionada ni ha recibido recompensa del Tesoro Nacional, según lo certifica el jefe de la sección respectiva del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Los testigos Manuel José Olivos y Rubén Fernández, en declaraciones rendidas ante el señor Juez 3º en lo Civil del Circuito de Bogotá, con intervención del señor Personero Municipal, dicen que la señorita Graciela Chacón es persona de reconocida honorabilidad y buena conducta y que no tiene renta de ninguna clase para su sostenimiento fuéra del sueldo que devenga como maestra. El Juez certifica sobre que los testigos son honorables e idóneos.

No aparece en autos la prueba de la edad de la demandante, pero sí figuran las declaraciones de los médicos doctores Manuel Antonio Luque Peña y Víctor Ruiz Mora, rendidas ante el señor Juez 3º Civil del Circuito de Bogotá, con intervención del señor Personero Municipal, quienes dicen que por haber examinado a la señorita Graciela Chacón Ch., pueden afirmar que se halla imposibilitada de por vida para seguir trabajando en el magisterio escolar y en cualquier otro trabajo en que pueda ganar lo necesario para su sostenimiento. Las enfermedades que sufre son las siguientes: insuficiencia hepática, estado anémico apreciable, bronquitis frecuente, parásitos intestinales; las manifestaciones anotadas han determinado en la señorita Chacón un agotamiento físico y mental acentuado. Estos testimonios hacen prueba plena sobre la incapacidad, prueba que sustituye la de la edad, de conformidad con la ley 114 de 1913.

Por lo anterior se ve que la señorita Graciela Chacón Chacón ha llenado las formalidades exigidas por la ley citada para obtener la pensión que solicita, cuya cuantía debe ser la de $ 31.30 mensuales, o sea, la mitad del promedio de los sueldos devengados durante los dos últimos años de servicios.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, decreta a favor de la señorita Graciela Chacón Chacón, vecina del Municipio de Pandi, una pensión vitalicia de jubilación de treinta y un pesos con treinta centavos ($ 31.30) mensuales, que le será pagada del Tesoro Nacional desde el día en que haga dejación del cargo que en la actualidad desempeña.

Esta pensión queda sujeta a las condiciones de suspensión y pérdida establecidas por las leyes.

Téngase al doctor Raimundo Ruiz Santos como apoderado de la señorita Graciela Chacón Chacón en estas diligencias, en los términos del poder que figura en autos.

Copia de esta sentencia será enviada a los señores Ministros de Hacienda y Crédito Público y de Educación Nacional y al señor Contralor General de la República.

Cópiese, notifíquese, publíquese y archívese.

Eleuterio Serna R., Aníbal Cardoso Gaitán, Pedro A. Gómez Naranjo, Gustavo Gómez Hernández, Secretario.

CONSULTA DE UNA SENTENCIA

LA SENTENCIA PREGON Y REMATE QUE ORDENA SEGUIR LA EJECUCION CONTRA UN MUNICIPIO, NO ES CONSULTABLE

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, octubre ocho de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro A. Gómez Naranjo)

La Sindicatura del impuesto de herencias, asignaciones y donaciones de Bogotá, envió en consulta a la Corte la sentencia de fecha nueve de mayo de este año, por la cual se ordena llevar adelante la ejecución, mediante el remate en pública subasta de los derechos y acciones embargados, dictada en el juicio seguido contra el Municipio de Bogotá y a favor del Tesoro Nacional por la cantidad de $ 76, valor del impuesto liquidado en contra del Municipio citado como heredro en la sucesión de Patrocinio Daza.

Tramitado legalmente el asunto se pasa a decidirlo, previas las siguientes consideraciones:

Conforme al artículo 508 del C. J., "las sentencias que declaren alguna obligación a cargo del Estado, los Departamentos o los Municipios en primera instancia, deben ser consultadas con el superior".

La sentencia dictada por el Síndico del impuesto de sucesiones no declara ninguna obligación a cargo del Municipio de Bogotá y por tanto, no es consultable conforme a la disposición transcrita. Es verdad que el juicio ejecutivo se adelanta contra la entidad nombrada; pero la obligación del Municipio surge de otros documentos y la sentencia de pregón y remate no hace otra cosa que llenar una formalidad de la actuación para que se lleve a cabo el remate de los bienes embargados por estar concluídas las ritualidades señaladas por la ley. Por consiguiente, la Corte no tiene jurisdicción para entrar a conocer de este negocio.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, oído el concepto del señor Procurador, se abstiene de conocer de este asunto por carecer de jurisdicción.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Eleuterio Serna R., Aníbal Cardoso Gaitán, Pedro A. Gómez Naranjo—Gustavo Gómez Hernández, Srio. en pdad.

EXHIBICION

Siendo muy razonable la presunción de que existen en poder de las oficinas departamentales documentos en que se llevan o registran las operaciones que implican ingresos y egresos para el erario departamental, la orden de exhibición de tales documentos está basada en la ley y no hay necesidad de señalar especialmente los libros que deben exhibirse.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, octubre diez de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

El dotor Eduardo Rodríguez Piñeres, en su calidad de apoderado de The Anglo South American Bank Limited, obrando en el juicio ordinario promovido por esta entidad contra el Departamento de Cundinamarca, sobre pago de unas sumas de dinero, pidió al Tribunal de Bogotá "la exhibición, en lo pertinente, de los libros, correspondencia y documentos existentes en las oficinas de la entidad demandada, como Secretaría de Hacienda, Administración de Hacienda, Contraloría, u otra u otras, en que se hayan llevado las cuentas de las operaciones de préstamos hechas por The Anglo South American Bank Limited a dicho Departamento, los pagos parciales y las renovaciones de las mismas a partir del 13 de abril de 1931".

El Tribunal, en auto fechado el 10 de julio del presente año, decretó la exhibición solicitada.

Contra dicha providencia el doctor Gabriel Rodríguez Ramírez, apoderado del Departamento de Cundinamarca, propuso reposición, la que le fue negada el día 13 de agosto siguiente, concediéndole al propio tiempo el recurso de apelación, motivo por el cual la Corte conoce del negocio.

Tramitado éste según las reglas de procedimiento, ha llegado la oportunidad de fallarlo, a lo cual se procede.

Las razones aducidas contra el decreto de exhibición consisten en que no se presume legalmente la existencia en poder del demandado de los documentos que deben ser objeto de la exhibición, y que por lo mismo, debió traerse la prueba respectiva a los autos; y en la indeterminación de los libros, documentos y papeles cuya exhibición se pide.

En relación con el primer punto, el señor apoderado del Departamento estima infundada la presunción de existencia de los documentos en poder del demandado, en la cual se basó el Tribunal, pues, dice que, porque una sociedad esté obligada a llevar libros y a conservar su correspondencia no se deduce que los haya llevado y los conserve actualmente, del propio modo que, porque el Departamento deba llevar cuentas y libros, no se deduce que los lleve y tenga efectivamente.

La Sala considera muy razonable la presunción que en el particular hizo el auto del Tribunal, porque es de todos conocido el hecho de que las entidades públicas departamentales, y en especial el Departamento de Cundinamarca, para sujetarse a lo dispuesto en leyes y ordenanzas, tienen organizadas dependencias de cuentas y control en donde se llevan o registran las operaciones que implican ingresos y egresos para el erario departamental. La Secretaría de Hacienda y la Contraloría, si cumplen con las funciones que les están atribuídas —y debe presumirse que así lo hacen— llevan la relación y la contabilidad de los asuntos de orden fiscal que afectan o pueden afectar al Departamento en su patrimonio y rentas.

Pero contra esta presunción el señor apoderado del Departamento arguye que ella no encuentra apoyo en la ley, y que por tanto, es arbitraria. El Tribunal, en el auto que negó la reposición, analiza con todo acierto el punto de que se trata, en los siguientes pasajes que la Corte acoge como fundamentos de la presente providencia:

"Pero el mismo recurrente admite que se trata de una presunción de hombre por el juez y afirma que no tiene el valor de plena prueba. Abramos el Código Judicial: El artículo 660 de esta obra habla de la presunción de derecho. El 661 trata de la presunción legal. Los artículos siguientes se refieren a las demás presunciones, fundadas en pruebas incompletas o indicios, o sea a las presunciones de hombre. Y refiriéndose a esta misma clase de presunciones, el artículo 664 dispone: "Una sola presunción también prueba plenamente cuando, a juicio del juez, tenga caracteres de gravedad y precisión suficiente para formar su convencimiento". Luego el juez tiene amplísimo poder para dar a una sola presunción de hombre el valor de plena prueba cuando a su juicio tenga caracteres de gravedad y precisión suficientes para formar su convencimiento. Y a juicio del Tribunal, la presunción declarada en el auto recurrido llena estas condiciones porque tan soló por la violación flagrante de la ley, o por destrucción, pérdida o extravío, pueden dejar de hallarse en poder del Departamento demandado los libros y documentos cuya exhibición se pide. El primero de dichos eventos no puede admitirse como descargo porque a nadie le es dado alegar en su favor su propio hecho ilícito. Y el segundo ha debido alegarse y probarse para destruir la presunción".

El otro reparo al auto recurrido es el de "la absoluta indeterminación de los libros, documentos y papeles cuya exhibición se pide y se decreta", por no haberse concretado cuáles son los libros y documentos que deben exhibirse. En concepto del recurrente, no basta decir que son aquellos en que se hayan llevado las cuentas de los préstamos, abonos y renovaciones.

La Sala observa:

En el memorial en que la prueba se solicitó fue pedida la exhibición "en lo pertinente" de los libros y documentos en que se hayan llevado las cuentas de las operaciones de préstamos hechas por el Banco al Departamento y los pagos parciales y las renovaciones desde el 13 de abril de 1931. Establecido, como lo está, para los efectos del incidente, que los documentos cuya exhibición se pide se hallan en poder del demandado, lo que se ha deducido de una fundada presunción, no se ve cuál haya de ser la dificultad para que tales libros y documentos puedan ser exhibidos y examinados "en lo pertinente" a las demostraciones que se intenta establecer. No se trata de un examen general de todos los libros y demás documentos que se llevan a la ofi-

cina del Departamento, o que se hallan en sus archivos; sino tan sólo de aquellos en que se hayan llevado las cuentas de las operaciones hechas por The Anglo South American Bank Limited al Departamento de Cundinamarca en un período limitado de tiempo. Si los libros y las cuentas en general del Departamento están, como deben estarlo, arreglados a las prescripciones técnicas correspondientes y a la verdad, en ellos deben aparecer registradas las operaciones de préstamos, renovaciones y abonos a que la prueba se refiere.

Ya la Sala en otra oportunidad interpretó con el criterio con que ahora lo hace las disposiciones legales referentes a la prueba de exhibición de documentos, y dedujo que no era necesario, en su concepto, para que la exhibición fuese decretada, que se hubieran particularizado, en forma análoga a la que el señor apoderado del Departamento estima indispensable, los documentos materia de la exhibición. Allí se dijo entonces:

"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, v. gr., 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, etc., 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 transportes ferroviarios 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". (Auto de 7 de mayo de 1936, en el juicio de cuentas del Departamento del Tolima contra The Dorada Railway Company Limited).

Y en el caso de que ahora se trata, los libros y demás documentos de las oficinas departamentales no deben ser examinados en su totalidad, sino tan sólo "en lo pertinente", en aquellas partes en que se hayan llevado las cuentas de los préstamos del Banco al Departamento.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, confirma la providencia recurrida.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Eleuterio Serna R., Aníbal Cardoso Gaitán Pedro A. Gómez Naranjo—Gustavo Gómez Hernández, Srio. en pdad.

APELACION DE UN AUTO DE EMBARGO

El artículo 292 del C. J. se refiere a toda clase de bienes, sin que distinga ni dé base a distinguir entre bienes de género y bienes de especie.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, octubre diez de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán).

El apoderado del Departamento del Magdalena pidió al Tribunal de Santa Marta reposición del auto del Tribunal de Bogotá, de fecha 3 de marzo de 1934, que admitió la demanda de embargo presentada por el doctor Rodolfo Danies, en acción contra el Departamento del Magdalena.

Posteriormente a la expedición del auto mencionado, que admitió la acción de em-

bargo y secuestro preventivos, y una vez que el actor llenó varios requisitos allí fijados, el Tribunal de Bogotá, en decreto del 9 de marzo, dispuso "el embargo y secuestro preventivos de todas las sumas de dinero y bonos de defensa nacional que correspondan al Departamento del Magdalena y que estén depositados, o en custodia en el Banco de la República de esta ciudad por razón del contrato celebrado entre el Banco y el Departamento el cinco de septiembre de mil novecientos treinta y dos".

El Tribunal de Santa Marta, en providencia de fecha 24 de junio del presente año, negó la revocación solicitada y concedió la apelación que había pedido anticipadamente el doctor Lázaro Díaz Granados, apoderado del Departamento.

Ninguna de las partes produjo pruebas en el incidente, ni formuló alegaciones en relación con el auto materia de este recurso. Durante la fijación en lista del negocio, el señor apoderado del Departamento obtuvo el término especial de pruebas concedido por el artículo 505 del C. J.; pero las pruebas pedidas por él y las que solicitó en la misma oportunidad el doctor Danies dicen relación a las excepciones de que también ha conocido la Corte en cumplimiento de los recursos de alzada que motivaron la remisión del expediente hecha por el Tribunal con oficio número 407 del 23 de julio del año en curso.

El doctor Rodolfo Danies había expresado ante el Tribunal su parecer de que el de Santa Marta no podía revisar un auto dictado por otro tribunal; pero está en lo cierto el auto materia del presente recurso cuando expresa cómo sería legal la revisión por haber decretado el embargo el Tribunal de Bogotá en su calidad de comisionado del Tribunal de Santa Marta, con lo cual resulta claro que lo hecho por aquél se supone efectuado por éste.

Las razones en que se basó el señor apoderado del Departamento para pedir la revocación del auto de embargo son sustancialmente las siguientes: que el Tribunal de Bogotá no era competente para decretar el embargo, porque la situación de los bienes embargados no determina la competencia para efectuar embargos preventivos tratándose de bienes raíces; que el embargo fue ilegal porque el dinero embargado estaba destinado para obras públicas del Departamento y por lo mismo era inembargable, al tenor de lo dispuesto en el artículo 1004, ordinal 13, del C. J., y que el embargo decretado infringió el precepto legal que impide extender los embargos a más de una tercera parte de las rentas de los Departamentos y Municipios.

El artículo 292 del C. J. establece que el embargo y el secuestro preventivos pueden pedirse ante el juez del lugar donde estén situados los bienes, aun cuando no sea competente para conocer del juicio. La disposición tiene carácter general en cuanto se refiere a toda clase de bienes, sin que distinga ni dé base a distinguir entre bienes de género y bienes de especie. Por esta consideración, y sin necesidad de agregar otras, ha de concluír la Sala que cree de fundamento la alegación que se hace sobre que el dinero depositado en el Banco de la República, por ser un bien de género y no de especie, no podía ser objeto del embargo decretado.

El numeral 13, artículo 1004 del C. J., reza: "Tampoco son embargables los siguientes: .....13.—Los bienes destinados a un servicio que no puede paralizarse sin perjuicio del tránsito o de la higiene públicos, como los de los ferrocarriles, acueductos, desagües de las ciudades; pero puede embargarse la renta líquida que produzcan". El texto transcrito se refiere a la posible paralización del tránsito, del servicio de higiene pública, o de otros, por causa del embargo de los bienes destinados a tales servicios. Claramente resulta de la disposición que ella se aplica a los bienes que se hallan comprometidos en la prestación de determinados servicios públicos ya establecidos, pues si no lo estuvieran no podría decirse que se paralizaba la prestación del servicio por el embargo de dichos bienes. Como los dineros embargados al Departamento del Magdalena y depositados en el Banco de la República, no son bienes con los cuales se esté prestando actualmente un servicio público, no les son aplicables las reglas consignadas en el artículo 1004, numeral 13, del C. J.

El artículo 1003 del C. J. establece que no son embargables las dos terceras partes de las rentas de los Departamentos y Municipios. El embargo decretado por el Tribunal de Bogotá asciende a la cantidad de $ 180,000, más los intereses legales de esa suma hasta el día del pago, lo que aproximadamente elevará la suma total a unos $ 210,000. En el expediente figura un certificado del Gobernador del Departamento del Magdalena, según el cual las rentas totales de esa entidad ascienden, según cóm-

putos presupuestales, a un millón cincuenta mil pesos ($ 1.050,000). Comparadas las dos cantidades, resulta que el embargo no alcanza a la tercera parte del presupuesto de rentas, lo que pone de manifiesto que el caso de autos no queda comprendido por la disposición legal citada.

En atención a lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, confirma el auto apelado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Eleuterio Serna R., Aníbal Cardoso Gaitán, Pedro A. Gómez Naranjo—Gustavo Gómez Hernández, Srio. en pdad.

EXCEPCIONES EN JUICIO EJECUTIVO

No es improrrogable de los tribunales superiores de distrito, en primera instancia, y de la Corte en segunda, la jurisdicción para juzgar en asuntos que atañen a un Departamento. Los Departamentos son personas capaces de transigir. Las sentencias de los tribunales de arbitramento no pueden ser objeto de ulterior revisión por parte de otra autoridad. Por su naturaleza, el fallo arbitral es definitivo. Lo dispuesto en el artículo 343 del C. J., que previene al juez reconocer en la sentencia una excepción perentoria, aunque no se haya propuesto, cuando hallе justificados los hechos que la constituyen, no es aplicable a los juicios ejecutivos, por la naturaleza de éstos.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, octubre diez de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente, Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

El Tribunal Superior de Santa Marta, con fecha 30 de julio del año en curso, dictó sentencia en el incidente de excepciones propuesto por el apoderado del Departamento del Magdalena en el juicio ejecutivo que el doctor Rodolfo Danies adelanta contra el mencionado Departamento para el pago de una suma de dinero por concepto de honorarios.

La providencia aludida fue objeto de apelación por el apoderado del Departamento, y por tal motivo vino el negocio al conocimiento de la Corte.

Como el Departamento del Magdalena tiene constituído apoderado especial para el juicio, no se corrió traslado del asunto al señor Procurador General de la Nación, y por tratarse del caso contemplado en el art. 505 del Código Judicial, y a petición del mismo apoderado, se abrió a pruebas el recurso en la Corte por el término de diez días, durante el cual se practicaron las que las partes estimaron conveniente solicitar.

Recibidos los alegatos, ha llegado el momento de proferir el fallo respectivo.

EXCEPCIONES PROPUESTAS

Fueron dos las excepciones que propuso el apoderado del Departamento y que él denominó de **nulidad de la sentencia que sirve de base o de recaudo ejecutivo y falta de ejecutoria e ineficacia de la misma.**

Estima el abogado del Departamento que es nula la sentencia dictada por el tribunal de arbitramento que fijó los honorarios que el Departamento debe satisfacer al doctor Rodolfo Danies: a) Por incompetencia del tribunal de arbitramento, ya porque la jurisdicción para juzgar a un Departamento es de los Tribunales Superiores de distrito en primera instancia, y de la Corte en segunda, ya porque a la constitución del tribunal de arbitramento no concurrió el Departamento debidamente autorizado por la Asamblea; b) Por ilegitimidad de la personería de una de las partes, o sea el Departamento, o por mala representación o representación indebida de éste, por la misma razón de no haber autorizado la Asamblea la constitución del tribunal arbitral; c) Por ser nulo el pacto compromisorio que le sirve de base a la sentencia, a causa de no haberse sometido a la aprobación del tribunal contencioso-administrativo el contrato de mandato contenido en la escritura número 447 de 2 de julio de 1927, de la Notaría 2ª de Santa Marta; d) Por nulidad del pacto com-

promisorio consistente en no haberse especificado si la sentencia debía ser condenatoria o absolutoria, y si podía transigir las pretensiones de las partes; c) Por nulidad del pacto compromisorio proveniente de la inexistencia de la obligación, la que se hace consistir en que si es verdad que el doctor Danies tenía derecho a cobrar por sus gestiones en favor del Departamento un diez por ciento de lo que se recaudara, no es cierto, contra lo afirmado en la sentencia, que lo que se recaudó por el doctor Danies ascienda a la cantidad de seis millones de pesos.

La excepción de falta de ejecutoria e ineficacia de la sentencia la hace depender el abogado del Departamento de la falta de consulta de dicha sentencia antes de que se ejecutoriara y ejecutara, por imponer obligaciones a un Departamento, y además porque ella es ineficaz para imponer obligaciones de pagar suma alguna, porque antes de señalar una cantidad que deba satisfacer el Departamento ha de decirse, y no lo hace el fallo mencionado, si está o no obligado el Departamento a pagar los honorarios de que se trata.

El fallo del Tribunal declaró no probadas las excepciones propuestas basándose principalmente en estas razones: la presente acción no es otra que la consagrada en el artículo 457 del C. J., y según tal disposición son únicamente la falta de notificación o emplazamiento de una parte, y la indebida representación de ésta en el juicio, las causales que originan la acción de nulidad, y que es lógico que en el caso de ejecución de una sentencia se alegue la nulidad de ella y no la del juicio; la excepción consistente en negar la jurisdicción del tribunal de arbitramento no cabe dentro de las dos únicas causales de nulidad referidas; la posible extralimitación del Gobernador al designar el tribunal se refiere al acto de constitución de éste y no a la indebida representación en el juicio arbitral, que es a lo que se refiere el artículo 457 citado; la supuesta nulidad del pacto compromisorio; y la de la sentencia, proveniente esta última de la del título en que se basó el actor, no cabe tampoco dentro de los límites del artículo 457; las sentencias de los tribunales arbitrales no están sujetas a consulta con el superior, aunque declaren obligaciones a cargo de un departamento, porque ellas llevan consigo la renuncia de las partes a los recursos de apelación y consulta.

Para resolver se observa:

En primer lugar, interesa ilustrar el asunto con una explicación siquiera sea somera acerca de sus antecedentes.

Por disposición de la ordenanza número 62 de 26 de abril de 1926 se creó en la capital de la República el cargo de abogado del Departamento del Magdalena con un sueldo mensual de $ 200, y una participación del 10 por 100 de lo que se recaudara por concepto de deudas, participaciones y auxilios a favor del Departamento, y la ordenanza número 51 de 1927 dispuso que la Gobernación del Departamento iniciara las gestiones conducentes a obtener de la Nación la restitución al Departamento del derecho a participar en los productos del Ferrocarril de Santa Marta. El día 2 de julio de 1927, por escritura número 447 de la Notaría 2ª de Santa Marta, el Gobernador del Magdalena, doctor Juan B. Cormane, confirió poder especial al doctor Rodolfo Danies para que, en su carácter de abogado del Departamento hiciera las gestiones conducentes a obtener para la entidad departamental la efectividad de los derechos que le correspondían o podían corresponderle por causa de los contratos, leyes, decretos, resoluciones administrativas y fallos judiciales, relacionados con The Santa Marta Railway Company Limited, y allí se estipuló que el doctor Danies tendría derecho, por el desempeño de su mandato, a la participación de que habla el artículo 1º de la ordenanza número 62 de 1926, ya citada. Por virtud de las gestiones del apoderado doctor Danies el Departamento hizo efectivo su derecho a las participaciones en los productos del ferrocarril, como consta en el contrato celebrado entre la Nación y la compañía concesionaria, el día 5 de septiembre de 1932, aprobado por la ordenanza número 60 de 28 de septiembre del mismo año, y como aparece también reconocido en los considerandos de la ordenanza número 68 de 1932, que dicen:

"La Asamblea Departamental del Magdalena, en uso de sus facultades legales, y considerando:

"Que de conformidad con las ordenanzas departamentales números 62 de 1926 y 51 de 1927, el Gobernador del Departamento celebró con el doctor Rodolfo Danies el contrato de mandato que se contiene en la escritura pública número 447 de fecha 2 de julio de 1927, de la notaría segunda del Circuito de Santa Marta, con objeto en las gestiones conducentes a la efectividad de los derechos del departamento en la empresa The Santa Marta Railway Company Limited, como lo dispuso la referida ordenanza

51 de 1927, o sea, determinadamente, la cesión al Departamento de los derechos de éste en la referida empresa y que sin ninguna efectividad le habían sido prometidos en la resolución del Ministerio de Obras Públicas de fecha 22 de octubre de 1920;

"Que el mandatario doctor Danies cumplió enteramente y a satisfacción las obligaciones que contrajo por virtud de aquel contrato, como consta de documentos oficiales y como fue reconocido por la Gobernación del Departamento en Resolución número 280 de 5 de noviembre de 1930..."

La participación obtenida para el Departamento del Magdalena según el contrato celebrado entre la Nación y dicho Departamento el día 5 de septiembre de 1932 y que aprobó la ordenanza número 51 del mismo año, fue del diez por ciento de los productos brutos del ferrocarril durante los primeros veinte años del arrendamiento y el doce por ciento durante los demás años.

Con el propósito de arreglar o transigir las diferencias que se habían presentado entre el Departamento del Magdalena y el doctor Rodolfo Danies con relación a la cuantía de los honorarios que por sus gestiones debía satisfacerle aquella entidad, la propia ordenanza ya mencionada, número 68 de 1932, que reconoció que el apoderado del Departamento había cumplido satisfactoriamente sus obligaciones para con él, dispuso lo siguiente:

"Artículo 1º—Autorízase al Gobernador del Departamento para que directamente convenga con el doctor Rodolfo Danies la cantidad que el Departamento debe pagarle a título de remuneración de sus servicios prestados en desempeño del mandato materia del contrato que consta en la escritura pública precitada, número 447, de fecha 2 de julio de 1927, o para someter al juicio de un árbitro que designará libremente el Gobernador, la determinación de aquella cantidad. El pago de tal cantidad se hará deduciéndola de los dineros que el Departamento recibirá por virtud del contrato que celebró con la Nación, con fecha 5 de septiembre del presente año y de conformidad con la cláusula cuarta del mismo.

"Artículo 2º—El arreglo que se haga y el pago que se efectúe de conformidad con lo dispuesto en la presente ordenanza, comprenderán las comisiones a que tiene derecho el doctor Rodolfo Danies, según la ordenanza número 62 de 1926, por sus gestiones como abogado del Departamento en Bogotá en el cobro a la Nación de varias sumas que fueron pagadas por ésta y que ingresaron al Tesoro Departamental".

No habiéndose llegado a un arreglo directo entre las partes, el Gobernador del Departamento, doctor Roberto Goenaga, pidió al señor Presidente de la República que aceptará el cargo de árbitro para dirimir la diferencia, pero el señor Presidente de la República declinó tal mandato, e insinuó como árbitros al Presidente de la Corte Suprema de Justicia o a dos o más miembros de ella. El Presidente de la Corte, a quien se dirigió posteriormente el Gobernador, declinó asímismo el encargo que se le ofrecía.

Más tarde, el Gobernador del Departamento designó un árbitro plural formado por los doctores Miguel Arteaga H., Carlos Bravo y Alberto Suárez Murillo. De esa designación da testimonio el acta respectiva que en seguida se transcribe:

"El suscrito, Roberto Goenaga, en su calidad de Gobernador del Departamento del Magdalena, de paso hoy por la ciudad de Bogotá, en ejercicio de la autorización que le confiere la ordenanza número 68 de 1932 de la Asamblea de aquel Departamento, en relación con lo que es materia de dicha ordenanza, y después de oído el parecer del Excelentísimo señor Presidente de la República, en su conferencia celebrada en el Palacio Presidencial en las horas de la tarde del día de hoy, y obrando en armonía con aquel parecer, resuelve designar, como en efecto designa, un árbitro constituído por los siguientes señores: doctor Miguel Arteaga H., doctor Carlos Bravo y doctor Alberto Suárez Murillo, quienes reúnen las condiciones exigidas por la ley para el desempeño de ese cargo. El árbitro resolverá lo siguiente: Cuánta es la suma, cantidad o valor, en pesos de moneda corriente colombiana, que le debe pagar el Departamento del Magdalena al señor doctor Rodolfo Danies, por virtud de sus honorarios establecidos en la escritura pública de mandato número 447 de 2 de julio de 1927, otorgada ante el Notario Segundo de Santa Marta, en vista de las declaraciones del Gobierno Departamental y de la Asamblea Departamental, del Departamento del Magdalena, que reconocen como efectuadas las gestiones propias de aquel mandato y como cumplido éste, con derecho para el mandatario de las remuneraciones estipuladas, y por virtud del ánimo y de la voluntad expresados por el mandatario doctor Rodolfo Danies, de transigir con el Departamento de este derecho suyo, de manera que la cuantía que a título de transacción determine o fije el árbitro que se constituye

por este acto, cubra y compense los derechos totales del doctor Danies, tanto como mandatario del Departamento para gestionar los asuntos relativos a la empresa del Ferrocarril de Santa Marta como los referentes a las comisiones por cobranzas, créditos del Departamento contra la Nación, y teniendo en cuenta también que el pago de la cantidad que determine el árbitro se lo hará el Departamento en un solo contado, de los dineros provenientes del arrendamiento del ferrocarril y de conformidad con lo estipulado en la cláusula cuarta del contrato celebrado el 5 de septiembre del año próximo pasado. El árbitro fijará la fecha en que deba hacerse tal pago. En abundamiento de garantías de la legitimidad de este acto y para que sus efectos no queden susceptibles de falta de la concurrencia de la voluntad del mandatario, doctor Rodolfo Danies, éste suscribe el presente acto a título de reiterada expresión de sujetar al presente compromiso sus derechos de que se ha hablado, con atención a las disposiciones legales vigentes sobre constitución de árbitro o tribunal de arbitramento. El árbitro que se constituye por este acto resolverá en hechos o en conciencia la cuestión sometida a él y con la sola ilustración que del asunto adquiera del estudio que hará de la documentación que reposa en poder del Presidente de la Corte Suprema de Justicia y que contiene todos los documentos relacionados con el asunto que va a ser objeto de su fallo. Los gastos de la actuación será de cargo del doctor Rodolfo Danies. En constancia se firma el presente documento ante dos testigos en Bogotá, a doce de mayo de 1933. (Firmados) Roberto Goenaga, Rodolfo Danies.—Testigos, Ernesto Leongómez, Julio Zuloaga G."

El día 20 de junio de 1933 se instaló el tribunal de arbitramento, designó Presidente y Secretario, y señaló el 26 del mismo mes para oír en audiencia pública a las partes. Surtida la tramitación legal, el árbitro profirió sentencia el día 8 de julio siguiente, la que termina así: "Por estas consideraciones, el tribunal de arbitramento, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, y de acuerdo con lo estipulado en el documento de compromiso, resuelve: Primero.—Estímase en la cantidad de ciento ochenta mil pesos ($ 180,000) en moneda corriente, el honorario que el Departamento del Magdalena debe pagar al doctor Rodolfo Danies por sus gestiones relacionadas con el ferrocarril de Santa Marta. Segundo.—Dicha suma debe cubrirla el Departamento al doctor Rodolfo Danies, dentro de los seis días contados desde la notificación del presente fallo, en un solo contado, y de los dineros provenientes del arrendamiento del ferrocarril, y de conformidad con lo estipulado en la cláusula cuarta del contrato celebrado el cinco de septiembre de mil novecientos treinta y dos.—Publíquese, notifíquese, regístrese en la oficina respectiva y protocolícese el proceso en la notaría cuarta de este circuito.—Alberto Suárez Murillo, Carlos Bravo, Miguel Arteaga H., Julio Pardo Dávila, Secretario".

La sentencia del tribunal arbitral le fue notificada el mismo día de su expedición al apoderado del Departamento del Magdalena, doctor Rafael Campo A., y éste solicitó aclaración, adición o corrección del fallo, lo que le fue negado en providencia de 15 del mismo mes, la que se notificó a las partes el 17 siguiente.

Con copia de la escritura número 1576 de 1933, notaría 4ª de Bogotá, en que parece protocolizada la sentencia arbitral así como el juicio correspondiente, el doctor Rodolfo Danies se dirigió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta para que se libre mandamiento ejecutivo contra el Departamento del Magdalena, por la cantidad de $ 180,000 m. c., los intereses legales del 6 por 100 anual que esa suma ha devengado y devengue hasta el día del pago, y las costas del juicio.

Decretado el mandamiento ejecutivo, el Departamento propuso las excepciones a que al principio se hizo referencia y a las cuales ha de contraerse el presente fallo. En su orden se consideran.

NULIDAD DE LA SENTENCIA BASE DEL RECAUDO

Refiriéndose la Sala a los fundamentos en que el actor apoya esta excepción, y siguiendo el orden con que ellos se formularon en el pliego respectivo, observa:

No es improrrogable de los tribunales superiores de distrito, en primera instancia, y de la Corte en segunda, la jurisdicción para juzgar en asuntos que atañen a un departamento. El artículo 1214 del C. J. establece que "pueden someterse a la decisión de arbitradores las controversias que ocurren entre personas capaces de transigir en los casos en que la ley permite la transacción", y el Departamento del Magdalena es una persona capaz de transigir, y la transacción que sirve de base a este pleito no está prohibi-

da por la ley y fue expresamente autorizada por la entidad que conforme a las reglas legales de aplicación en estos casos debía conferir la autorización.

El Departamento concurrió debidamente autorizado por la Asamblea a la constitución del tribunal de arbitramento. Para llegar a esta conclusión, que es también de importancia respecto de otros puntos objetos del recurso, son necesarias algunas consideraciones:

Se dice por los abogados del Departamento que si el Gobernador debía designar libremente el árbitro, de conformidad con la ordenanza de facultades, ello implica que la Asamblea no autorizó al Gobernador para que designara el árbitro con la concurrencia de la contraparte, como se hizo al constituír el tribunal fallador. Lo que esencialmente exigió la ordenanza varias veces citada, en relación con el modo como el Gobernador hubiese de nombrar el árbitro, fue que lo designara libremente, y ese requisito aparece satisfecho en el acto de nombramiento del árbitro plural hecho por el Gobernador en las personas de los doctores Miguel Arteaga H., Carlos Bravo y Alberto Suárez Murillo. Del propio modo como el Gobernador había nombrado por acto de su libre determinación, primero al señor Presidente de la República y después al señor Presidente de la Corte Suprema, designaciones que aceptó el doctor Rodolfo Danies, así también nombró el Gobernador libremente a las personas que formaron el tribunal de arbitramento, y su designación fue aceptada por Danies. En todos los tres casos, cuando se nombró al Presidente de la República, al de la Corte Suprema y a los tres jurisconsultos mencionados, la designación no habría producido efecto alguno en orden a la transacción que se buscaba si el doctor Danies no hubiera manifestado su aceptación a los nombramientos y expresado su sometimiento al fallo que en cada uno de esos casos profiriera el árbitro. En todos ellos la voluntad del Gobernador se expresó libremente en la escogencia y designación de los nombrados. Con la circunstancia, que es de apuntar, de que la Asamblea Departamental del Magdalena, no pudo, dentro de la lógica, pretender que la transacción fuera decretada sin el conocimiento y aceptación por parte de Danies sobre la persona o personas que habrían de dictar la sentencia. El hecho de que el doctor Danies aparezcareza en el documento compromisorio prestando su asentimiento a la designación de las personas que debían formar el tribunal, no le quita en forma alguna la libre determinación en el acto de su nombramiento al Gobernador del Departamento, como no se la quitó tampoco a la que el mismo funcionario hizo antes en las personas del Presidente de la República y del Presidente de la Corte Suprema, el hecho de que el doctor Danies hubiera expresado, como lo expresó, su conformidad con aquellas designaciones.

Llenado el único requisito esencial que exigió la ordenanza de la Asamblea para el nombramiento de árbitro, o sea el de que éste se designara libremente por el Gobernador, desaparece el reparo del excepcionante consistente en que aquel funcionario no estaba facultado para designar un árbitro en las condiciones en que lo hizo al constituír el tribunal que dirimió la controversia.

Antes bien, debe observarse que el Gobernador, al proceder como lo hizo en el nombramiento del tribunal, no sólo cumplió el requisito de designar libremente el personal que lo constituyó, sino que alcanzó de la contraparte que, aceptada por ella la designación, conviniera en sujetar el procedimiento o la actuación del árbitro y su fallo a las reglas que la ley tiene establecidas para el ejercicio de la administración de justicia por los tribunales de arbitramento.

Cumplido por el Gobernador el requisito de la designación libre del árbitro, para lo demás que siguiera a ella no tenía ese funcionario norma alguna fijada por la ordenanza de facultades, y en esa circunstancia, nada mejor que someter al carril de la ley las ulteriores etapas por que habría de pasar la actuación del árbitro hasta culminar en el fallo.

La causal de nulidad por ilegitimidad de la personería del Departamento o por mala representación o representación indebida de éste, se hace depender de no haber autorizado la asamblea la constitución del tribunal de arbitramento, porque, se dice, que si el Gobernador no tenía autorización para constituír el tribunal, tampoco la tenía para intervenir en él directamente ni para hacerse representar ante el árbitro. Pero como de conformidad con lo ya expuesto, aparece acreditado en autos que el Gobernador del Departamento concurrió a la formación del tribunal arbitral dentro de las facultades que le había conferido la Asamblea, el reparo que en este punto se hace como base de la primera excepción, carece de fundamento.

Ni prospera tampoco la excepción de nulidad de la sentencia consistente en no ha-

berse sometido a la aprobación del tribunal contencioso administrativo el contrato de mandato consignado en la escritura 447, de 2 de julio de 1927, de la Notaría 2ª de Santa Marta, porque al ocuparse del asunto la Asamblea departamental del Magdalena y expedir en el año de 1932 la ordenanza número 68, reconoció la validez del contrato a que la excepción se refiere, y lo dio no sólo por existente sino por ejecutado o cumplido satisfactoriamente en lo tocante a las obligaciones que él imponía al mandatario doctor Danies. Así, pues, cualquier deficiencia de solemnidad para el perfeccionamiento y consiguiente validez de aquel contrato, quedó ampliamente llenada con el reconocimiento que de su existencia jurídica hizo dicha entidad departamental.

No era necesario que la sentencia arbitral fuese condenatoria ni absolutoria, y por lo mismo no era indispensable estipulación alguna al respecto en el pacto compromisorio. El tribunal no tenía el encargo de fallar la cuestión previamente establecida y resuelta por los órganos superiores del Gobierno Departamental, de si el Departamento debía o no pagar el valor de unos honorarios al doctor Danies. Simplemente el árbitro debía determinar la cuantía o monto de tales honorarios, a los cuales se había declarado obligado el Departamento sin necesidad de una sentencia condenatoria. Y en el pacto compromisorio se estableció, contra lo que afirma en este punto el excepcionante, que el árbitro sí podía transigir las pretensiones de las partes. Son concluyentes en esta materia las siguientes declaraciones del pacto compromisorio: "Y por virtud del ánimo y la voluntad expresados por el mandatario doctor Rodolfo Danies, de transigir con el Departamento de este derecho suyo, de manera que la cuantía que a título de transacción determine o fije el árbitro que se constituye por este acto, cubra y compense los derechos totales del doctor Danies..."

Finalmente, no es nulo el pacto compromisorio por la razón alegada de inexistencia de la obligación y que se hace consistir en que si Danies tenía derecho a cobrar por razón de lo recaudado, la cantidad que como tal estimó el tribunal no había sido recaudada al tiempo de la sentencia, ni lo ha sido aún. En el fallo arbitral se lee: "En dicha audiencia, las dos partes estuvieron de acuerdo en los siguientes puntos: 1º—En que el valor aproximado de la participación que al Departamento del Magdalena correspondía según el contrato de fecha 5 de septiembre de 1932, era de doscientos mil pesos anuales ($ 200,000), o sea, seis millones de pesos ($ 6.000,000) durante los treinta años de duración del arrendamiento pactado por la compañía explotadora y aprobado por la Asamblea del Magdalena en la ordenanza número sesenta y uno (61) de 1932". Como en el documento de compromiso, base de las atribuciones del árbitro, se le facultó para que resolviera "en hechos o en conciencia" cuánta era la suma, cantidad o valor que el Departamento debía pagar a Danies por razón de honorarios, y como en el mismo documento se estipuló que el pago se haría por el Departamento "en un solo contado", apareció claro desde la celebración del pacto compromisorio el acuerdo de las partes para que el árbitro, computando por anticipado y de una sola vez los posibles ingresos que por concepto de honorarios le correspondieran a Danies, fijara el monto global y único de ellos para que asímismo pudiera hacerse el pago en un solo contado. Las facultades del árbitro en el particular fueron suficientes y el acuerdo de las partes completo en orden a que el fallo determinara la cuantía total y por anticipado de la prestación que el Departamento habría de satisfacer a Danies, sin que fuese necesario aplicar literalmente a esta cuestión el término "lo recaudado" a que se refirió el contrato de mandato y a que alude el excepcionante.

No aparece, pues, demostrado, por lo aquí expuesto, ninguno de los fundamentos en que se basó la primera excepción sobre nulidad de la sentencia base del recaudo.

FALTA DE EJECUTORIA E INEFICACIA DE LA SENTENCIA

Las sentencias de los tribunales de arbitramento no pueden ser objeto de ulterior revisión por parte de otra autoridad. Por su naturaleza, el fallo arbitral es definitivo. Si las sentencias de los tribunales de arbitramento que declaran obligaciones, como la de pagar una suma de dinero, que es el caso de autos, estuviesen sometidas a una revisión por otro juez o tribunal, tales fallos apenas tendrían el valor de un dictamen pericial, avalúo o concepto que habría de servirle al sentenciador de última instancia como ilustración o prueba para su fallo. Pero no es esto lo que la ley ha querido establecer al autorizar la jurisdicción de los tribunales arbitrales. Sus sentencias han de ser inapelables para que se alcance el objetivo buscado por el legislador de definir por una vez y para siempre las cuestiones liti-

giosas que las partes estimen por conveniente sustraer a las naturales dilaciones de los procedimientos judiciales ordinarios. Y hay además una razón, también legal, para considerar que las sentencias de arbitramento no pueden ser materia de revisión o apelación, y es la que se desprende de las disposiciones contenidas en los artículos 1224 y 1225 del C. J., conforme a las cuales, notificada una sentencia arbitral y registrada, lo único que sigue es la protocolización que el Presidente y el Secretario harán en una notaría del expediente formado por el tribunal.

Ya se adujeron razones que la Sala estima suficientes para estimar no fundado el motivo alegado como base adicional de la segunda excepción, o sea el de que la sentencia, antes que señalar una cantidad de dinero que debe pagar el Departamento, debía resolver si éste estaba obligado a satisfacer honorarios a Danies.

No aparece, por tanto, fundada la segunda excepción.

Entre las alegaciones que el señor apoderado del Departamento presentó a la Corte en su segundo memorial, escrito para referirse a las pruebas traídas al juicio en esta instancia, se encuentra la de que el convenio de compromiso entre el Gobernador del Departamento y el doctor Danies, sobre constitución del tribunal de arbitramento, no fue sometido a la revisión del tribunal de lo contencioso de Santa Marta.

No puede la Corte entrar en el estudio de esta alegación porque ella no fue propuesta ni sustentada como excepción en la primera instancia, ni el hecho en que se apoya se adujo como base de una excepción que en el incidente respectivo hubiera de alegarse posteriormente. No es el caso de dar aquí aplicación a lo dispuesto en el artículo 343 del C. J., que previene al juez reconocer en la sentencia una excepción perentoria, aunque no se haya propuesto, cuando halle justificados los hechos que la constituyen, porque tal disposición no es aplicable a los juicios ejecutivos, por la naturaleza de éstos.

Ya en sentencia de 26 de mayo de 1936, la Corte había dicho lo que sigue, de cabal aplicación en el presente caso: "... 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 darle 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.

Y no es el caso de disponer, como lo solicita el doctor Rodolfo Danies, que por declarar la Corte no fundadas las excepciones y ordenar que se lleve adelante la ejecución, haya de ordenar que se entregue al acreedor el dinero embargado, porque la propia disposición legal a que él alude (art. 1033, C. J.) previene que tal entrega se haga una vez ejecutoriada la sentencia que ordena llevar adelante la ejecución, y tal ejecutoria aún no se ha producido en este juicio. Además, el negocio tan sólo ha venido a la Sala para el conocimiento y decisión en lo tocante a las excepciones propuestas.

Por todo lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara no probadas las excepciones y ordena seguir adelante la ejecución.

Sin costas, por razón de lo dispuesto en el artículo 576 del C. J.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase en oportunidad el expediente.

Eleuterio Serna R., Aníbal Cardoso Gaitán, Pedro A. Gómez Naranjo, Gustavo Gómez Hernández, Secretario.

EXCEPCIONES EN JUICIO EJECUTIVO— SUMINISTRO DE VALES POR LOS EMPLEADOS DE MANEJO

El empleado de manejo de una oficina departamental que suministra a terceros, por medio de vales, ciertas cantidades de dinero, no queda exonerado de sus obligaciones estrictamente legales de responder por cualquier alcance que le resulte en sus cuentas por razón de su manejo. Para que tal pudiera aceptarse sería necesario comprobar que una ordenanza departamental autorizó o permitió el abono como dinero efectivo de las sumas entregadas en virtud de recibos o vales provisionales.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, octubre diez y nueve de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

Conoce la Corte del juicio especial de venta o adjudicación de bien hipotecado que el Departamento del Valle y el señor Guillermo Rodríguez Vallecilla adelantan contra la señora Amalia Orejuela v. de Vallecilla, en virtud de apelación legalmente interpuesta y tramitada de la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Superior de Cali.

La señora de Vallecilla, por medio de la escritura pública número 863, del 29 de diciembre de 1921, Notaría 1ª del Circuito de Cali, se obligó como fiadora del señor Francisco Cobo, nombrado Administrador General de Hacienda del Departamento del Valle, y al efecto comprometió su responsabilidad personal por la cantidad de $ 4,000, cuantía legal de la fianza, y constituyó hipoteca sobre una casa de su propiedad situada en Cali. En tal escritura, la señora de Vallecilla declaró: "Tercero.—Que por la presente constituye hipoteca especial y señaladamente sobre la finca mencionada para garantizar el manejo del señor Francisco Cobo, en su carácter de Administrador General de Hacienda del Departamento, y por tanto para responder de cualquier alcance, pérdida o desfalco que resulte en sus cuentas, como también las herramientas, muebles, útiles, enseres, etc., que sean puestos a su cuidado por razón de su empleo, siendo claridad (sic) que la caución y responsabilidad comprende cualquier cantidad liquidada a su cargo, aun cuando sea superior a la afianzada".

Con base en otra obligación hipotecaria, que consta en la escritura número 773 de 9 de noviembre de 1931, Notaría 1ª de Cali, el señor Guillermo Rodríguez Vallecilla entabló demanda contra la señora nombrada para que se le pagara su crédito con el valor del bien hipotecado, que es el mismo inmueble que antes se había gravado a favor del Departamento.

En virtud de intervenciones del Agente del Ministerio Público, quien propuso a su vez demanda para el pago preferencial al Departamento con el bien hipotecado, los dos juicios se acumularon por auto del Tribunal Superior el día 17 de abril de 1934.

Como resultado de la tramitación de los juicios acumulados, el Tribunal profirió sentencia el 25 de marzo del presente año, que termina así:

"a) Decrétase la venta en pública subasta de la casa hipotecada por la señora Amalia Orejuela v. de Vallecilla, según escrituras números 863, de 29 de diciembre de 1911, y 773, de 9 de noviembre de 1931, ambas de la Notaría 1ª de esta ciudad, otorgadas a favor del Departamento del Valle del Cauca y del señor Guillermo Rodríguez V., quien cedió su crédito al señor Francisco Cobo, casa construída de pared de adobe y cubierta de tejas de barro, con su correspondiente terreno, ubicada en la carrera 6ª entre calles 11 y 12 de esta ciudad, y alinderada así: por el norte y oriente, con casa y terreno de la señora Blanca Cavelier de Roux; por el sur, carrera sexta de por medio, con casa del señor Francisco Antonio Fernández; y por el occidente, con casa el señor Manuel Montoya, hoy de sus herederos; b) Hágase, por la Secretaría, la liquidación de los respectivos créditos; c) Verifíquese el avalúo del inmueble, por medio de peritos que designarán las partes al notificarse de este fallo, o dentro de los tres días siguientes; d) Con el producto del remate se pagará de preferencia al Departamento del Valle del Cauca el valor de su crédito; e) Con el remanente se cubrirá al señor Francisco Cobo el crédito cedido a su favor por el señor Guillermo Rodríguez V., conforme la escritura número 656 de 14 de diciembre de 1934, pasada en la Notaría 3ª de este Circuito, cuyo crédito fue constituído por el instrumento público número 773 del 9 de noviembre de 1931, atrás citado; y f) Oportunamente se

señalará día y hora para el remate, en el cual se observarán los requisitos del Código Judicial acerca de los juicios ejecutivos"

La señora demandada alegó ante el Tribunal que la caución hipotecaria por ella constituída no podía extenderse a más de un período administrativo, que es de dos años, del empleado de manejo en cuyo favor había dado la garantía, y propuso, además, las siguientes excepciones: inexistencia de la obligación demandada, error de cuenta, prescripción, nulidad del auto que liquida el alcance, petición de modo indebido y pago, fuera de todo hecho en virtud del cual las leyes declaran extinguida la obligación si alguna vez existió.

El Tribunal decidió acertadamente que era infundada la primera alegación, ya que del instrumento público de hipoteca aparece que la señora de Vallecilla se constituyó fiadora de Cobo para responder de cualquier alcance, pérdida o desfalco que resultara en las cuentas de su fiado, y de cualquier cantidad líquida a su cargo aunque fuera superior a la afianzada.

En relación con las excepciones propuestas, el señor apoderado ante la Corte de la señora demandada, formula en su alegato varias consideraciones, a saber: que los vales no legalizados que constituyen el valor del alcance a cargo de Francisco Cobo, estaban autorizados o permitidos por no haber disposición alguna de la legislación fiscal del Departamento que los prohibiera y en virtud de práctica inveterada, por lo cual, y no habiéndose demostrado que Cobo se apropió los dineros a que los vales se refieren, debe exonerársele de toda responsabilidad pecuniaria por razón de su manejo; que el auto de fenecimiento por el cual la Contraloría Departamental le dedujo un alcance al ex-Administrador de Hacienda no estuvo debidamente fundado porque el único documento que le sirvió de base fue una relación de valores y saldos que el entonces Contralor presentó con el arqueo de 2 de abril de 1929; porque no existe auto alguno que le eleve a alcance al señor Cobo la cantidad de $ 13,120.68 que actualmente se cobra; que la obligación perseguida es inexistente porque se dirige contra una persona que ninguna falta o incorrección ha cometido, legal ni moralmente; que la nulidad del acto que liquidó el alcance se demuestra con la afirmación del jefe de la contabilidad de la Contraloría de que no existe auto alguno de alcance al señor Cobo; porque el estudio y resolución de la responsabilidad de Cobo fue encomendado a la comisión investigadora creada por la ordenanza 24 de 1932; que el alcance que se pretende hacer efectivo no fue deducido en un juicio de cuentas iliquidado, con la comprobación debida, en el respectivo auto de fenecimiento; que por no haber alcance debe considerarse que ya fueron pagadas las sumas inicialmente a cargo de Cobo; finalmente, que la demanda, por carecer de base o fundamento legal, es también petición de modo indebido.

Antes de hacer el análisis de los motivos en que se pretende fundar las excepciones, conviene explicar en qué consiste el cargo que se le deduce a Francisco Cobo por causa de manejo como empleado departamental.

En el auto de fenecimiento, base de la acción, se lee:

"Departamento del Valle.—Contraloría.—Sección primera.—Número 82.—Auto de fenecimiento definitivo dictado en la cuenta de la Administración General de Hacienda por Ingresos y Egresos, correspondiente al mes de junio de 1929, de la cual son responsables los señores Francisco Cobo, del 1º al 17 de dicho mes, y Hernando Llorente, del 18 al 30 del mismo, según acta de entrega fechada el 18 de junio ya citado. Cali, 6 de junio de 1930.—Examinada la cuenta en referencia y hallándose bien descrita y legalmente comprobada, la Sección Primera de la Contraloría Departamental la feneció definitivamente en primera instancia, de conformidad con los siguientes saldos del Mayor:

«Saldo de cuentas recaudadas	$ 586,773.21	
Registro e hipoteca	6,757.55	
Ingresos varios	14,076.71	
Remesas	146,501.86	
Cuentas por pagar	79,102.46	
Embargos judiciales	1,388.93	
Depósitos	3,300.00	
Capítulos del Presupuesto		$ 459,524.53
Bancos del país		293,069.81
Responsables del erario		44,778.06
Alcances y glosas		30,248.86(º)
BALANCE (efectivo en Caja		3,279.66
SUMAS IGUALES	$ 826,972.90	826,972.90

"Departamento del Valle. — Contraloría Departamental.—Auto de ejecutoria.—Cali, mayo 31 de 1933. — Estando como están cumplidas las prescripciones del artículo 545 del C. Fiscal Departamental, con respecto al auto que antecede, el Examina-

dor de la Sección Primera de la Contraloría dándole aplicación al artículo 540 de la misma obra, resuelve: Declárase ejecutoriado el auto número 82, dictado con fecha 6 de junio de 1930, para fenecer las cuentas de la Administración General de Hacienda del Departamento correspondientes al mes de junio de 1929, cuyos responsables son los señores Francisco Cobo, del 1º al 17, y Hernando Llorente, del 18 al 30 de dicho mes, según acta de entrega fechada el 18 de junio ya citado. Del saldo de $ 30,248.66 de Alcances y Glosas, que figura en dicho auto, es responsable el señor Francisco Cobo. El Examinador de la Sección Primera, Agustín Herrera C. — El Secretario General, M. A. Roldán Ossa".

El auto de fenecimiento dejó, pues, a cargo de Francisco Cobo un saldo de $ 30,248.66 por Alcances y Glosas, que se encuentra detallado así (folio 25, cuaderno número 2), por el Jefe de la Contabilidad de la Contraloría:

"1929.—Junio	3.—Comprobante 3-bis, Vlr.		
»	» que queda a su cargo en		
»	» vales no legalizados y como		
»	» saldo de los $ 82,253.70		
»	» que tenía en marzo 31 de		
»	» 1929	$ 31,039.61	
»	» 17-Comprobante 32-bis, Vlr.		
»	» que se abonó a esta cuen-		
»	» ta	$	30,00
»	» 18-Comprobante 38-bis Vlr.		
»	» que se abonó a esta cuenta		760.65
Balance		$ 31,039.61	$ 790.95
Balance		$ 30,248.66	
Saldo deudor			$ 30,248.66"

Más tarde, el propio Contralor Departamental se dirige al Fiscal del Tribunal Superior para decirle (folio 36, cuaderno 1º):

"El alcance que primitivamente se dedujo a cargo del señor Francisco Cobo, conforme al auto de fenecimiento número 82 de seis de junio de mil novecientos treinta, ascendió a $ 30,248.66. Pero debido a varios abonos y algunos descargos presentados por el responsable, este alcance ha quedado reducido a la suma de $ 13,120.68".

La razón principal aducida por el señor apoderado en apoyo de las excepciones es la de que los vales no legalizados que constituyen el valor del alcance a cargo de Cobo, estaban permitidos o autorizados en virtud del silencio en contrario de las ordenanzas departamentales y de una práctica inveterada. El argumento, de fuerza en el campo moral, porque indudablemente justifica la conducta del empleado responsable, no lo libera de sus obligaciones estrictamente legales de responder por cualquier alcance que le resultara en sus cuentas por razón de su manejo. Una cosa es la responsabilidad moral y otra la civil o pecuniaria. Como muy bien lo observa el señor apoderado ante la Corte, la acumulación de vales por una cantidad de $ 82,253.70, que se encontró en la oficina respectiva en la diligencia de arqueo el 2 de abril de 1929, demuestra la existencia de una práctica larga en el empleo de tales documentos como medios de comprobación de anticipos de dinero dados por el Administrador de Hacienda en el ejercicio de su cargo; en los autos figuran varios vales de los que aquí se trata y está la declaración rendida por un alto empleado departamntal —el Director de Obras Públicas— en que explica cómo él recibía cuantiosas sumas respecto de las cuales apenas daba al Administrador un simple recibo provisional, con el compromiso de legalizar o comprobar posteriormente la inversión. Pero de que ello ocurriera no se deduce que el empleado de manejo estuviese legalmente exonerado de responder de las cantidades de dinero que él suministrara a terceros por medio de vales; para que tal cosa pudiera aceptarse sería necesario acreditar, y ello no se ha hecho en el presente juicio, que una ordenanza departamental autorizara o permitiera el abono como dinero efectivo, en las cuentas de los empleados de manejo, de las sumas que ellos entregaran en virtud de recibos o vales provisionales.

La razón apuntada no puede, pues, admitirse como descargo que sirva para fundar la excepción de inexistencia de la obligación.

El auto de fenecimiento que sirve de base al presente juicio fue dictado por la oficina respectiva de la Contraloría Departamental el día 6 de junio de 1930, deduciendo a cargo del señor Francisco Cabo un saldo de $ 30,248.66, y el 31 de mayo de 1932 declaró la Contraloría ejecutoriado dicho auto. Ambas providencias se notificaron personalmente al señor Cobo. Si, como se afirma por el señor apoderado, aquellos autos no se fundaron debidamente, bien pudo el interesado reclamar de ellos, y no hay constancia de que así lo hiciera; y además, no halla la Sala inconveniente de orden legal para que el auto de fenecimiento se basara, como se afirma, en la relación de valores y saldos

presentada al verificarse el arqueo de caja el día 2 de abril de 1929.

Es evidente, como lo anota el señor apoderado, que no existe auto alguno que eleve a alcance la cantidad de $ 13,120.68 que actualmente se cobra; pero tomando como base la de $ 30,248.66 del auto de fenecimiento ya citado, el Departamento ejecutante redujo posteriormente a la iniciación del juicio su demanda a la expresada cantidad de $ 13,120.68, en atención a habérsele abonado al señor Cobo varias sumas con posterioridad al fenecimiento y alcance deducidos y que son base del juicio; y no existe motivo legal para que esa reducción de la cuantía de lo demandado no surta en el presente caso sus efectos.

Parece confundir el señor apoderado el monto del alcance deducio en el auto de fenecimiento de la Contraloría, de $ 30,248.66, con el alcance que efectivamente se cobra como consecuencia de la reducción hecha por el actor, y de ello se pretende deducir la nulidad del último alcance, por no existir auto alguno que lo deduzca (la de $ 13,120.68). Pero ya se vio cómo el presente juicio se basa en otro auto de fenecimiento (el de $ 30,248.66).

Que el estudio acerca de la responsabilidad del señor Cobo se hubiese encomendado a una comisión investigadora creada por una ordenanza no le quita en modo alguno su fuerza legal a las providencias de la Contraloría que han servido de base a la acción que se adelanta.

Los autos que dictan oficinas como la Contraloría Departamental del Valle se profieren teniendo en cuenta la documentación previa indispensable en tales casos, por lo cual no aparece fundada, en opinión de la Sala, la afirmación de que el alcance que se pretende hacer efectivo no fue deducido con las formalidades y requisitos de comprobación exigidos por las leyes respectivas, o al menos, de ello no se trajo al expediente la debida comprobación.

Como el alcance de $ 13,120.68 aparece existente, no es el caso de estimar, como se pretende, que por no haber alcance han de considerarse que fueron ya pagadas las sumas a cargo de Cobo.

Por no haberse fundado ninguna de las excepciones propuestas, ni demostrado las demás alegaciones formuladas, así debe declararlo la Corte, y confirmar en consecuencia la sentencia de primera instancia, con lo cual se obra también en armonía con lo solicitado por el señor Procurador.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, de acuerdo con el señor Procurador Delegado en lo Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, confirma la providencia apelada.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase en oportunidad el expediente.

Eleuterio Serna R., Aníbal Cardoso Gaitán, Pedro A. Gómez Naranjo—Gustavo Gómez Hernández, Srio. en pdad.

PRESCRIPCION CONTRA UN CREDITO DE ESTADO

La Corte ha establecido en varios fallos que las acciones ejecutivas que tenga la Nación para hacer efectivos los créditos a su favor, prescriben por el transcurso de un lapso de diez años, al tenor del artículo 2536 del Código Civil.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, octubre diez y nueve de mil novecientos treinta y seis.

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

La Agencia de Ejecuciones Fiscales de Correos y Telégrafos, con fecha 30 de marzo de 1917, libró mandamiento ejecutivo contra los señores Antonio Guevara y Ruperto Bourdon por $ 15.50, los intereses y las costas. Estas diligencias duraron abandonadas desde el 5 de octubre de 1917 hasta el 15 de marzo de 1935.

La misma oficina, con fecha 27 de septiembre de 1917, libró mandamiento ejecu-

tivo contra los señores Guevara y Bourdon por la suma de $ 6, los intereses y las costas. Estas diligencias duraron abandonadas desde el 30 de junio de 1919 hasta el 15 de marzo de 1934.

El 21 de enero de 1936 se decretó la acumulación de los dos juicios ejecutivos que la Nación adelanta contra el señor Antonio Guevara Sánchez por las sumas de $ 15.50 y $ 6, y se ordenó seguirlos por la misma cuerda.

En tiempo oportuno el ejecutado propuso las excepciones de prescripción y de cobro indebido. Tramitado el incidente, se pasa a fallarlo, previas las siguientes consideraciones:

La excepción de cobro indebido la hace consistir el ejecutado en que se le embargó el sueldo haciendo parte de un cuerpo armado, lo cual es ilegal. El apoderado del ejecutado, doctor Max Galvis R., dice sobre el particular que esta excepción queda probada con la ley 41 de 1915 y con el decreto que la reglamenta, número 220 de 1916.

Se observa:

La ley que reglamenta los sueldos de retiro, pensiones, recompensas de los miembros del ejército es la 71 de 1915. No aparece comprobado que el ejecutado pertenezca al Ejército, y por otra parte, la ley mencionada no se refiere a los sueldos ordinarios sino a las pensiones. El Artículo 35 dice:

"Las pensiones militares no serán embargables judicial ni administrativamente, y su pago se hará en moneda legal y corriente".

Por tanto, la excepción referida no está probada.

La excepción de prescripción de la acción ejecutiva sí está comprobada, por las siguientes razones:

La Corte ha establecido en varios fallos que las acciones ejecutivas que tenga la Nación para hacer efectivos los créditos a su favor prescriben por el transcurso de un lapso de diez años, al tenor del artículo 2536 del Código Civil.

De conformidad con el artículo 2539, inciso 8º, del C. C., la prescripción extintiva de la acción "se interrumpe civilmente por la demanda judicial, salvo los casos enumerados en el artículo 2524". Conforme a esta disposición no puede alegarse interrupción de la prescripción en los casos siguientes:

"1º Si la notificación de la demanda no fue hecha en forma legal;

"2º Si el recurrente desistió expresamente de la demanda, o cesó en la persecución por más de tres años".

En el asunto que se estudia, el juicio fue abandonado por más de tres años y han transcurrido más de diez años desde que las deudas se hicieron exigibles.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, de acuerdo con el señor Procurador Delegado en lo Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara probada la excepción de prescripción propuesta por el señor Antonio Guevara Sánchez en los juicios ejecutivos acumulados que le adelanta el Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales para hacer efectivos dos créditos a favor de la Nación. En consecuencia, se levanta el embargo de los bienes sujetos a la traba ejecutiva y se ordena suspender el juicio.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Eleuterio Serna R., Aníbal Cardoso Gaitán, Pedro A. Gómez Naranjo, Gustavo Gómez Hernández, Secretario.

EXCEPCIONES EN JUICIO EJECUTIVO

La renta gravable no sólo se deduce de los bienes que figuran en el catastro, sino de muchos otros renglones, como por ejemplo, del producto de los bienes muebles, del fruto de las actividades del comercio o del ejercicio de profesiones liberales.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, octubre diez y nueve de mil novecientos treinta y seis.

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

Con apoyo en el reconocimiento de fecha 20 de marzo de 1936, la Recaudación de Ha-

cienda Nacional de Angelópolis libró mandamiento de pago por la vía ejecutiva contra el señor Alfonso Saldarriaga R. y a favor de la Nación por la cantidad de $ 312, los intereses y las costas, proveniente la expresada suma del impuesto sobre la renta en el año de 1934.

Oportunamente el ejecutado propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, improcedencia del auto ejecutivo, error de cuenta y la genérica del artículo 329 del C. J., o sea, todo hecho en virtud del cual las leyes desconocen la existencia de la obligación o la declaran extinguida si alguna vez existió.

Tramitado el incidente en la Corte, de acuerdo con las formalidades legales, se pasa a fallarlo, previas las siguientes consideraciones:

Para acreditar los hechos en que apoya las excepciones, el apoderado del excepcionante presentó las siguientes pruebas:

Una certificación del Tesorero de caminos de Angelópolis en la cual consta que conforme a los libros respectivos el catastro del señor Alfonso Saldarriaga ascendió en el año de 1934 a la suma de $ 12.345, por los bienes que están enumerados en el certificado.

Declaraciones de los testigos Jesús María Gil y Eduardo Marín H., quienes dicen que son conocedores personales de los bienes del señor Saldarriaga y por tanto conceptúan que dichos bienes, de conformidad con el catastro, sólo produjeron una renta de $ 1,241.-60, liquidación que hicieron prorrateando los créditos al uno por ciento (1%) mensual.

Las pruebas anteriores, únicas que obran en autos, no son suficientes para acreditar que el ejecutado tuvo en el año de 1934 una renta inferior a la que corresponde al monto del impuesto tasado. En primer lugar, las declaraciones de los testigos se limitan a hacer un cálculo sobre la renta, en atención a los bienes que figuran en el catastro, cálculo cuya base es completamente arbitraria. Por otra parte, la renta gravable no sólo se deduce de los bienes que figuran en el catastro, sino de muchos otros renglones, como por ejemplo, del producto de los bienes muebles, del fruto de las actividades del comercio o del ejercicio de profesiones liberales.

El señor Procurador Delegado en lo Civil solicita que se declaren sin fundamento las excepciones propuestas. Después de estudiar las pruebas presentadas, el funcionario aludido dice lo siguiente:

"Para que el señor Saldarriaga lograra darle fundamento a sus pretensiones, necesitaría comprobar que tanto la renta producida por sus bienes inmuebles, como la obtenida de sus bienes muebles y por medio de su industria o trabajo personal en el año de 1934, no llegó a tener un valor suficiente sobre el cual pudiera haberse deducido como impuesto la suma que se cobra en esta ejecución. Se trata, pues, de una prueba incompleta que no consigue en nada desvirtuar el derecho de la Nación".

La Sala encuentra jurídicas las conclusiones del señor Procurador, y por tanto considera que se deben negar 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 Alfonso Saldarriaga R. en este juicio.

Sin costas.

Cúmplase el art. 351 del C. J.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Eleuterio Serna R., Aníbal Cardoso Gaitán, Pedro A. Gómez Naranjo, Gustavo Gómez Hernández, Secretario.

EXCEPCIONES EN JUICIO EJECUTIVO

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, octubre veintidós 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 31 de octubre de 1916, dictada en el juicio ejecutivo seguido en el Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales contra los señores Isidoro y

Jorge Peña por la suma de cien pesos ($ 100) oro, sus intereses al uno por ciento mensual y las costas del juicio, deuda proveniente de un anticipo de sueldos hecho al primero, declaró probada la excepción de pago en parte, o sea por la suma de $ 83.30. También resolvió el Tribunal que continúe la ejecución por la suma restante; que no están probadas las demás excepciones propuestas, y que no se hace condenación en las costas causadas, pero que serán de cargo de la parte ejecutada las que se causen en adelante.

En la sentencia se ordenó consultarla con la Corte Suprema de Justicia en el caso de que no fuera apelada. Pero esta parte de la sentencia sólo se cumplió el 1º de abril de 1934, después de diez y siete años de dictada, fecha en que fue recibido el expediente en esta superioridad para conocer de la consulta. El negocio se tramitó con la demora ocasionada por la publicación en el "Diario Oficial" del edicto relativo a la notificación personal del primer auto y fue pasado al Magistrado ponente para elaborar el proyecto de sentencia el día diez y seis del corriente.

La consulta fue ordenada durante la vigencia del antiguo Código Judicial. El art. 968 de dicho texto establecía que se debían consultar las sentencias dictadas "contra la Nación", quedando comprendidas las definitivas y las interlocutorias dictadas en los juicios especiales. De los términos en que estaba concebida aquella disposición se desprendía que las sentencias desfavorables a la Nación eran las consultables, puesto que respecto de las favorables, conforme al artículo mencionado quedaban ejecutoriadas transcurrido el término de la apelación, sin haber sido interpuesta. Por estas razones, la Sala estima que tiene jurisdicción para entrar a conocer de la consulta.

La Sala estima jurídica la sentencia dictada por el Tribunal, entidad a la cual le correspondía el conocimiento en primera instancia de las excepciones en los juicios ejecutivos en que fuera parte la Nación, de conformidad con el Código Judicial vigente en esa época.

Las excepciones fueron propuestas por el señor Jorge Peña, el 17 de septiembre de 1915, en su condición de fiador del señor Isidoro Peña, quien recibió de la Tesorería General de la República, el 11 de septiembre de 1907, la suma de $ 100 como anticipo de dos sueldos para trasladarse a la carretera entre Belén y Soatá a desempeñar las funciones de ayudante del Cajero contador. Las excepciones propuestas fueron las de pago, error de cuenta, haberse obligado el fiador bajo condición resolutoria y pacto de no pedir.

La excepción de pago quedó comprobada en el expediente con un certificado expedido por el Magistrado de la sección 1ª de la Corte de Cuentas, del cual aparece que se le descontó al señor Isidoro Peña la tercera parte del sueldo que devengaba como ayudante del Cajero pagador de la carretera de Belén a Soatá, o sean $ 16.76, en cada uno de los meses de octubre, noviembre y diciembre de 1907 y enero y febrero de 1908, lo que da un total de $ 83.30, que es la suma que se debe estimar pagada, como lo resolvió el Tribunal. El señor Procurador Delegado en lo Civil pide que el abono de esta cantidad se haga no imputándolo solamente a capital, sino en la forma prevenida por el artículo 1653 del C. C., disposición que dice que cuando se deben capital e intereses, el pago se imputará primeramente a los intereses. La Sala encuentra jurídica esta aclaración.

La excepción de error de cuenta se hace consistir en que al liquidar la deuda para librar la ejecución no se tuvieron en cuenta los comprobantes de su cancelación. Sobre el particular la excepción procedente es la de pago y al estudiar ésta se estimaron los comprobantes presentados.

Sobre las demás excepciones la Sala acoge los siguientes conceptos del Tribunal:

"La proveniente de haberse obligado el fiador bajo condición resolutoria y de haberse cumplido la obligación contraída por el deudor principal de servir el cargo, lo que constituye también, en concepto del excepcionante, pacto de no pedir, no aparece comprobada.

"En efecto, el objeto del documento que sirvió de recaudo ejecutivo y el de la fianza no pudo ser otro que el de reintegrar al Tesoro la suma anticipada al señor Isidoro Peña, ya devengando lo pagado de antemano, ya devolviendo en especies la suma que, por no descontársele, quedará debiendo. Al decir el deudor en el documento: "para seguridad de que devengaré el valor de estos dos sueldos que se me anticipan, o en caso contrario, para hacer el reintegro de ella (sic), doy por mi fiador mancomunado y solidario al señor Jorge Peña", no pudieron entender las partes que la obligación quedaría cumplida con prestar el servicio, aunque se volvieran a cobrar los sueldos; porque el documento, según el espíritu de la ley fiscal, no tenía por principal objeto obtener el desempeño del empleo por el señor Peña,

sino asegurar el reintegro, en una u otra forma, de la suma anticipada por el Tesoro.

"La circunstancia de ser en estos casos exigida la fianza por la ley y no un contrato libremente celebrado por partes que podrían darle el alcance que a bien tuvieran, confirma la exactitud de la conclusión que acaba de exponerse".

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 aclaración de que el pago de la suma de ochenta y tres pesos con treinta centavos ($ 83.30) debe imputarse primeramente a los intereses, de conformidad con el artículo 1653 del C. C.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Eleuterio Serna R., Aníbal Cardoso Gaitán, Pedro A. Gómez Naranjo. Gustavo Gómez Hernández, Secretario.

EXCEPCIONES EN JUICIO EJECUTIVO

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, octubre veintidós de mil novecientos treinta y seis.

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

La Recaudación del Impuesto sobre la renta de Bogotá libró mandamiento ejecutivo contra el señor José de Jesús García por la suma de $ 79.50 del impuesto sobre la renta correspondiente a los años de 1928 a 1932. La ejecución se adelantó contra el señor José de Jesús García G., quien manifestó que no tuvo renta en los años en que aparece gravado. Oportunamente propuso la excepción de inexistencia de la obligación, fundándola en que en los años referidos vivió del sueldo de su esposa como telegrafista de Fontibón, pues en el año de 1928 liquidó su negocio de sastrería y entregó el saldo de sus bienes a los acreedores. Tramitado legalmente el recurso, se pasa a decidirlo, previas las siguientes consideraciones:

Durante el término correspondiente el interesado pidió la práctca de varias pruebas para acreditar los hechos fundamentales de la excepción propuesta. A continuación se mencionan las que se allegaron oportunamente al expediente.

El señor Aristóbulo Contreras declaró ante el Magistrado sustanciador que en el año de 1928 el señor José de Jesús García G. cerró su taller de sastrería que tenía en esta ciudad; que desde ese año se fue a vivir a la casa de la telegría de Fontibón; que en este año abrió nuevamente su sastrería en esta ciudad.

El señor Pablo Antonio Parada declaró sobre los mismos puntos que el testigo Contreras.

El testigo Carlos E. Cuéllar declara que el señor José de Jesús García G. no ha tenido otra industria que su sastrería que cerró en el año de 1928 y que desde entonces ha vivido del sueldo que gana su esposa como telegrafista.

El Administrador de Hacienda Nacional de Bogotá, con fecha 26 de junio de 1936, certificó lo siguiente:

"Para contestar el numeral 1º de los insertos del presente despacho el suscrito Administrador manifiesta que como única información obtenida por esta oficina para aforar al señor José de Jesús García en el año de 1928 fue la compra de una casa situada en la calle 63 por $ 19,500. Dicha compra se efectuó en el mes de febrero del citado año. Para los años posteriores hasta 1932 la oficina se guió por esta información y lo aforó por tradición. El dato de los gravámenes comienza en el año de 1926, en que el señor García tenía un negocio de sastrería. José de Jesús García G. no figura en el kárdex de contribuyentes".

El Alcalde y el Personero del Municipio de Fontibón certifican que el señor José de Jesús García G., vecino de allí, ha estado sin trabajo desde el año de 1928.

Otras pruebas que figuran en el expediente no se mencionan porque no se consideran conducentes.

Con fecha diez de agosto pasado, la Sala dictó un auto para mejor proveer pra aclarar algunos puntos oscuros del juicio. Se libró despacho al señor Administrador de Ha-

cienda Nacional para saber si la compra de la casa de la calle 63 por $ 19,000 que sirvió de base a las calificaciones del impuesto sobre la renta de que trata este juicio, fue hecha por el señor José de Jesús García G. o por otra persona del mismo nombre y apellido. El funcionario nombrado ordenó auxiliar el exhorto y en tal virtud el Auditor del Impuesto sobre la renta certificó lo siguiente:

"Que la compra de la casa de la calle 63 por $ 19,000.00 que sirvió de base a la clasificación del Impuesto sobre la Renta del señor José de Jesús García G. desde el año de 1928 en adelante fue anotada a la inscripción José de Jesús García únicamente. Por informaciones fidedignas que se tienen en esta oficina se sabe que la casa en mención fue comprada por el señor José de Jesús García B., ex-Ministro de Correos y no por José de Jesús García G., sastre de profesión; y que en el kárdex de contribuyentes al Impuesto sobre la Renta existen varios individuos con el nombre citado".

Con el certificado anterior quedó comprobado que el excepcionante no es dueño de la casa que sirvió de base para la calificación del impuesto sobre la renta, y como por otra parte aparece acreditado con las pruebas que se mencionan que no tuvo renta de ninguna clase desde el año de 1928, es preciso concluír que la excepción de inexistencia de la obligación está probada suficientemente.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, oído el concepto del señor Procurador y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara probada la excepción de inexistencia de la obligación propuesta por el señor José de Jesús García G. y ordena, en consecuencia, suspender el juicio ejecutivo.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Eleuterio Serna R., Aníbal Cardoso Gaitán, Pedro A. Gómez Naranjo, Gustavo Gómez Hernández, Secretario.

CORRECCION:

En la página 239, 1ª, del Nº 1916 de la GACETA JUDICIAL correspondiente al mes de diciembre de 1936, donde dice "cambio voluntario", debe leerse "cambio valutario".

INDICE

Págs.

EDITORIAL.—La responsabilidad del Estado en materia de actos administrativos.—Paul Negulesco.—Traducción de Julián Motta Salas 295

COLABORACION JURIDICA. — Sociedades. Miguel Moreno Jaramillo 299

SALA DE CASACION EN LO CIVIL

EXIGIBILIDAD DEL SALDO DEFINITIVO DE UNA CUENTA CORRIENTE.—EXCEPCION DE RENDICION DE CUENTAS.—Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Manizales dictada en el juicio ordinario seguido por "E. A. Canaliza and Company" contra Gabriel Dalarroche Ch., por pesos.— Magistrado ponente, doctor Antonio Rocha 304

DEMANDA SOBRE RESTITUCION DE UN CAFE.—OBLIGACIONES DEL MANDANTE O COMITENTE EN RELACION CON TERCEROS, POR LOS ACTOS DEL COMISIONISTA. — MANDATO. — COMISION.—DEPOSITO.—No se casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Pereira, dictada por el Tribunal Superior de Pereira en el juicio ordinario que por la restitución de un café siguió Juan María Montoya contra Cruce & Cº.—Magistrado ponente, Dr. Antonio Rocha 316

ADMISION DE UN RECURSO DE HECHO. Se admite el interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá dictada en el juicio ordinario por pesos seguido por Rita Torres de Angel contra Daniel Sabogal Mora.—Magistrado ponente, Dr. Juan Francisco Mújica 328

OPOSICION A LA POSESION SOLICITADA DE UNA MINA.—No se infirma el fallo dictado por el Tribunal Superior de Bucaramanga en el juicio ordinario de The Bucaramanga Gold and General Mining Company contra Jorge Vélez y otros sobre oposición a la posesión de la mina "La Caricia". Magistrado ponente, Dr. Ricardo Hinestrosa Daza 330

RECURSO DE CASACION CONTRA UNA SENTENCIA APROBATORIA DE UNA PARTICION.- Se casa la sentencia del Tribunal Superior de San Gil dictada en el juicio de sucesión de Purificación Herrera de Pardo. Magistrado ponente, Dr. Liborio Escallón 334

ACCION SOBRE PAGO DE PERJUICIOS Y OTROS PUNTOS.—No se infirma la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Tunja en el juicio ordinario de Eliécer Vargas C. contra el Colegio de Boyacá.—Magistrado ponente, Dr. Ricardo Hinestrosa Daza 337

RECURSO DE HECHO.—No se admite el interpuesto por el apoderado de la parte demandada contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Cartagena en el juicio ordinario sobre nulidad de un contrato seguido por José Antonio Contreras contra Evaristo Contreras 342

SALA DE CASACION EN LO CRIMINAL

JURISDICCION POR CAMBIO DE RADICACION DE UN SUMARIO.—SOBERANIA DEL JURADO EN LA APRECIACION DE PRUEBAS.—No se infirma la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué en la causa contra Francisco Gil e Ismael Echeverry, por homicidio.—Magistrado ponente, Dr. Salvador Iglesias 344

DELITOS DE EMPLEADOS PUBLICOS. JUECES QUE INTERVIENEN EN DEBATES PUBLICOS DE CARACTER POLITICO.—Se abre causa criminal contra el doctor Neftalí Narváez, por responsabilidad, y se sobresée a favor del mismo por otros cargos.—Magistrado ponente, Dr. Salvador Iglesias 345

ENTRE LOS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL DELITO DEBEN TENERSE TAMBIEN EN CUENTA FACTORES RELACIONADOS CON SU ASPECTO INTENCIONAL.—No se infirma la sentencia del Tribunal Superior de San Gil en la causa contra Bernardo Celis Amaya por el delito de homicidio.—Magistrado ponente, Dr. Pedro Alejo Rodríguez 347

DEBE ESTIMARSE QUE EL JURADO EN SU VEREDICTO CALIFICO DE COMPLICE Y NO DE COAUTOR AL ACUSADO. Se casa parcialmente la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga en la causa contra Ismael Pineda por el delito de homicidio.—Magistrado ponente, Dr. Pedro Alejo Rodríguez 350

Págs.

NULIDAD SUSTANCIAL DEL PROCESO CRIMINAL POR FALTA DE INTERVENCION DEL MINISTERIO PUBLICO.—Se invalida la sentencia del Tribunal Superior de Medellín en la causa contra Luis María Arboleda por doble delito de heridas y se ordena la reposición del proceso desde el auto que previno a las partes el derecho de solicitar la apertura de la causa a prueba. Magistrado ponente, Dr. Salvador Iglesias 353

VEREDICTO CONTRADICTORIO.—No se infirma la sentencia del Tribunal Superior de Neiva en la causa contra Florentino, Antonio y Manuel Santos Renza y Martín Correa, por homicidio.—Magistrado ponente, Dr. Salvador Iglesias 355

NULIDAD EN EL PROCEDIMIENTO CRIMINAL.—APELACIONES DE LOS AUTOS DE PROCEDER.—Se invalida la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá en la causa contra José Rozo por el delito de homicidio.—Magistrado ponente, Dr. Salvador Iglesias 357

NULIDAD EN EL PROCESO CRIMINAL. No se infirma la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá en la causa contra Carlos Manuel Fernández Mejía por triple delito de homicidio.—Magistrado ponente, Dr. Salvador Iglesias 359

PRESCRIPCION DE LA LEY PENAL SEGUN LA LEY 5ª DE 1931, Y DIFERENCIA ENTRE EL DELITO DE NEGOCIACIONES INDEBIDAS (ART. 505 DEL CODIGO PENAL) Y EL DELITO COMUN DE ABUSO DE CONFIANZA (ART. 836 DEL CODIGO PENAL), EJECUTADO POR EMPLEADO PUBLICO.—El delito de abuso de confianza es un delito común, sea que se investigue por los trámites del procedimiento contra los particulares, o por el de responsabilidad, cuando se trate de funcionario público prevalido del ejercicio de sus funciones.—Se confirma el fallo del Tribunal Superior de Medellín al sobreseer por prescripción en el juicio de responsabilidad contra el ex-juez de Jericó, doctor Antonio Mejía y M.—Magistrado ponente, Dr. José Antonio Montalvo 361

CONCURSO MERAMENTE IDEAL DE DELITOS EN LA FALSIFICACION DE MONEDA, Y DELITO IMPOSIBLE DE CIRCULACION DE LA MISMA.—Sentencia condenatoria del Tribunal Superior de San Gil contra Alberto Delgado y María Gaviria por circulación de moneda falsa.—Se infirma el fallo por la causal 3ª de casación, porque según la prueba pericial, las falsas monedas no eran aptas para circular. El fallo viola, además, la regla non bis in idem. Magistrado ponente, Dr. José Antonio Montalvo 363

REINCIDENCIA Y SIMPLE REPETICION DE DELITOS.—Indebida aplicación de la Ley 81 de 1922.—Se invalida la sentencia del Tribunal Superior de Barranquilla en la causa por el delito de estafa contra Luis Molina Pérez.—Magistrado ponente, Dr. José Antonio Montalvo 365

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

PENSION.—Se decreta a favor de la señorita Carlota Díaz por servicios en la instrucción primaria oficial. Magistrado ponente, Dr. Pedro A. Cómez Naranjo 367

EJECUCION POR UNA FIANZA DE CARCEL SEGURA.—Se declara que existe la excepción perentoria de ineficacia del título ejecutivo en el juicio seguido por el Juez Nacional de Ejecuciones Fiscales contra Alvaro Sánchez como fiador de cárcel segura del sindicado Nicolás María Esguerra.—Magistrado ponente, Dr. Eleuterio Serna R. .. 368

PENSION.—Se decreta a favor de la señorita Graciela Chacón Chacón por servicios en la instrucción primaria oficial.—Magistrado ponente, Dr. Pedro A. Gómez Naranjo ... 370

CONSULTA DE UNA SENTENCIA.—Se declara que no es consultable la dictada por la Sindicatura del impuesto de herencias y donaciones de Bogotá contra el Municipio de Bogotá como heredero en la sucesión de Patrocinio Daza.—Magistrado ponente, Dr. Pedro A. Gómez Naranjo 371

EXHIBICION.—Se confirma el auto dictado por el Tribunal Superior de Bogotá que decretó la exhibición solicitada por el demandante en el juicio ordinario de The Anglo South American Bank contra el Departamento de Cundinamarca.—Magistrado ponente, Dr. Aníbal Cardoso Gaitán 371

APELACION DE UN AUTO DE EMBARGO. Se confirma el proferido por el Tribunal Superior de Bogotá en el embargo solicitado por el doctor Rodolfo Danies contra el Departamento del Magdalena.—Magistrado ponente, Dr. Aníbal Cardoso Gaitán 372

EXCEPCIONES EN JUICIO EJECUTIVO. Se declaran no probadas las propuestas por el ejecutado y se ordena seguir adelante la ejecución seguida por el doctor Rodolfo Danies contra el Departamento del Magdalena sobre pago de honorarios.—Magistrado ponente, Dr. Aníbal Cardoso Gaitán 375

EXCEPCIONES EN JUICIO EJECUTIVO. SUMINISTRO DE VALES POR LOS EM-

Págs.

PLEADOS DE MANEJO.—Se confirma la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Cali en el juicio especial de venta o adjudicación de bien hipotecado seguido por el Departamento del Valle y el señor Guillermo Rodríguez Vallecilla contra la señora Amalia Orejuela v. de Vallecilla como fiadora del señor Francisco Cobo como Administrador General de Hacienda de dicho Departamento.—Magistrado ponente, Dr. Aníbal Cardoso Gaitán 382

PRESCRIPCION CONTRA UN CREDITO DEL ESTADO.—Se declara probada la excepción propuesta y se ordena levantar el embargo de bienes en el juicio ejecutivo seguido por el Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales contra Antonio Guevara Sánchez.—Magistrado ponente, Dr. Pedro A. Gómez Naranjo 385

EXCEPCION EN JUICIO EJECUTIVO.—Se declaran no probadas las excepciones propuestas por el señor Alfonso Saldarriaga R. en el ejecutivo que le adelanta la Recaudación de Hacienda Nacional de Angelópolis. Magistrado ponente, Dr. Pedro A. Gómez Naranjo 386

EXCEPCION EN JUICIO EJECUTIVO.—Se confirma con una aclaración la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ejecutivo seguido por el Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales contra los señores Isidoro y Jorge Peña.—Magistrado ponente, Dr. Pedro A. Gómez Naranjo 387

EXCEPCIONES EN JUICIO EJECUTIVO. Se declara probada la excepción de inexistencia de la obligación en el ejecutivo seguido por la Recaudación del Impuesto sobre la Renta de Bogotá contra el señor José de Jesús García.—Magistrado ponente, Dr. Pedro A. Gómez Naranjo 389

Código Judicial Colombiano

Acaba de salir la 3ª edición, tamaño grande, dirigida, concordada y anotada por el doctor Carlos Julio Angel, jurisconsulto y compilador afamado. El Libro 1º contiene la organización judicial; libro 2º, el Procedimiento Civil: libro 3º, el Procedimiento Penal y las leyes adicionales y reformatorias. El Código del doctor Angel tiene las siguientes ventajas: después de cada artículo y en el encabezamiento también, están las concordancias con otros artículos del mismo Código y con los de otros Códigos y Leyes, principalmente con el Código Civil. Las leyes adicionales y reformatorias no están incorporadas sino colocadas inteligentemente en el apéndice en orden cronológico y al final de los artículos están indicadas las modificaciones. Esto facilita la consulta y evita la confusión proveniente de la mala colocación de las reformas en el lugar que no les corresponde. El apéndice contiene estrictamente todas las leyes adicionales y reformatorias que se refieren al Judicial; se suprimieron aquellas que dejaron de regir y no figura ninguna ley extraña al Código Judicial; en una palabra, este Código está compilado con método y para evitar confusiones al consultarlo.

Valor del ejemplar en pasta $ 4; por correo $ 4.40.

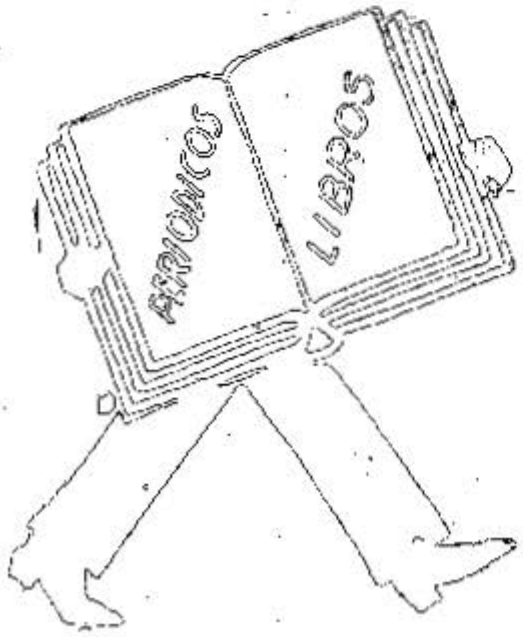
DESPACHOS INMEDIATOS A VUELTA DE CORREO

BOGOTA — Calle 12, Nº 750 Apartado 198

LIBRERIA COLOMBIANA CAMACHO ROLDAN Y CIA. S. A.

— CALI Plaza Caicedo

(Fundada en 1882)



LIBROS—REVISTAS—FOLLETOS

CATALOGOS—PROPAGANDA

LOS TRABAJOS EDITORIALES HECHOS CON EL MAYOR CUIDADO, LA MEJOR PRESENTACION Y EL MENOR PRECIO. ENVIAMOS PRESUPUESTOS A CUALQUIER POBLACION DE COLOMBIA

TALLERES

MUNDO AL DIA

Calle 13, Nº 11-21.—Teléfono 4325.

Apartados:

Nacional, 352.—Aéreo, 36-38.

GACETA JUDICIAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTOR: JULIAN MOTTA SALAS, RELATOR DE LA CORTE

TOMO XLIV — Bogotá, febrero y marzo de 1937. — NUMEROS 1918 y 1919

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

"Summae itaque ope, et alacri studio has leges nostras accipite". (Siete partidas.—Ley XIII).
(Prooemium Institutionum D. Justiniani).

CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS

Benjamín Harrison

(Notas de M. M. J.)

Un poder judicial supremo e independiente es un elemento indispensable para un gobierno que quiere proteger los derechos de propiedad y de libertad de sus ciudadanos, pues la protección comprende la audiencia judicial y las pruebas —la sentencia— y el imperio para hacerla ejecutar (1). Una comunidad ordenada y pacífica es imposible sin tribunales que juzguen a inevitables disputas entre los individuos que la componen y que reciba las pruebas y castigue las infracciones contra la paz pública. No se puede confiar estos deberes a un tribunal extranjero. El gobierno que da leyes debe tener sus tribunales propios que las apliquen (2).

La constitución de los Estados Unidos es la suprema ley, y cada ley del congreso y las constituciones de cada estado y las leyes de cada estado deben pasar por el criterio constitucional, es decir, que serán válidas o nulas según que estén o no de acuerdo con la constitución general. La interpretación y cumplimiento de la constitución y leyes nacionales no se podía haber dejado a los tribunales de los estados por varias obvias razones. La uniformidad en la interpretación habría sido imposible, si el tribunal de apelación de cada estado pudiera, por sí mismo y en última instancia para el pueblo de aquel estado, construír la teoría según la cual se habían de entender aquella constitución y aquellas leyes. Y principalmente no podía dejarse a la decisión de los tribunales locales los casos en que los poderes del estado estuvieran en conflicto con los del gobierno nacional. Si las facultades otorgadas al gobierno nacional se habían de mantener y si habían de ejercerse uniforme y benéficamente, era esencial que se confiara a tribunales nacionales la decisión final que determinara el objeto y los límites de esas facultades. No habría sido posible en 1861 someter a los tribunales de la Carolina del Sur o quizá a ningún tribunal local la decisión del derecho de los estados para separarse de la unión.

(1).—"Son órganos del póder público: el legislativo, el ejecutivo y el judicial. Los órganos del poder público son limitados, tienen funciones separadas, pero colaboran armónicamente en la realización de los fines del Estado". (Art. 21. Acto Legislativo Nº 1 de 1936. Colombia).

(2).—"El órgano judicial lo constituyen la corte suprema de justicia, los tribunales superiores de distrito, y los demás tribunales y juzgados que establezca la ley" (art. 22, inciso 4º Acto Legislativo Nº 1 de 1936. Colombia).

. . . . . .

Los autores de la constitución, instruídos por los defectos del estatuto de confederación, vieron que tenía que surgir la cuestión de la validez de las leyes de los estados. Había que dar a los Estados Unidos ciertas facultades supremas y había que vedar a los estados otras facultades. Tenía que haber alguien con la facultad de interponer el veto sobre leyes de los estados que invadieran los poderes de la unión o que excedieran de las prohibiciones impuestas a los estados. Madison propuso que el congreso tuviera ese poder, pero la convención llegó a otra solución mejor para la dificultad.

La corte suprema de los Estados Unidos, un tribunal judicial de la más alta dignidad, tan retirada como pueden estarlo los hombres del poder, de las pasiones y de los prejuicios y colocada bajo la sanción de las más altas obligaciones que pueden imponerse a los hombres para ejercer la justicia sin temer ni favor, fue encargada de cuidar por la conservación del arca de nuestro contrato social (3). El poder de declarar si una ley es o no conforme a la constitución no está limitado a las leyes de los estados, sino que incluye las leyes del congreso. Este poder debe ser ejercido por algún cuerpo o tribunal, si la "suprema ley" ha de ser suprema. Gouverneur Morris decía: "Tal poder en los jueces es peligroso; pero a menos que exista en alguna parte, el tiempo empleado en hacer una declaración de derechos y una forma de gobierno fue completamente perdido".

La primera decisión de la corte suprema declarando que una ley era inconstitucional se dictó en 1803 (Marbury VERSUS Madison, I Granch, 137) (4). La sentencia fue redactada por Marshall (5). En el curso de ella dice: "Así, pues, si una ley es opuesta a la constitución; si tanto la ley como la constitución se aplican a un caso particular, de modo que la corte tiene que decidir ese caso conforme a la ley haciendo a un lado la constitución o conforme a la constitución haciendo a un lado la ley, la corte tiene que decidir cuál de estas reglas opuestas debe regir el caso" (6). Nada puede agregarse a estas luminosas palabras. Tenemos una ley suprema y una ley inferior. Cuando ambas se aplican a un caso judicial, la ley supre-

(3).—"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 confieran ésta y las leyes, tendrá las siguientes: 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. Acto Legislativo Nº 3 de 1910. Colombia).

(4).—De la interesante relación hecha por el doctor Fernando Garavito, resulta que la primera sentencia de inexequibilidad dictada en Colombia, fue la de 30 de mayo de 1911, por medio de la cual fue declarado inexequible, como violatorio de derechos adquiridos, el artículo 7º del decreto número 1263 de 1906, sobre acuñación de moneda de níquel para sustituír los billetes de $ 1.00, $ 2.00 y $ 5.00.

(5).—Bryce, citado por Harrison, dice lo siguiente del juez Marshall:

"Sin embargo, había un hombre tan singularmente apropiado para las funciones de presidente de la corte, y que hizo servicios tan incomparables en ella, que los americanos lo han mirado como un don especial de la Providencia. Este hombre era John Marshall, que presidió la corte desde 1801 hasta su muerte en 1835, a la edad de setenta y siete años, y cuya fama sobrepasa la de todos los otros jueces americanos más que Papiniano sobrepasó a los jurisconsultos de Roma, o Lord Mansfield a los jurisconsultos de Inglaterra. Ningún otro hombre hizo tanto para desarrollar la constitución interpretándola, o para asegurar al poder judicial el lugar que de derecho le corresponde en el gobierno como la viva voz de la constitución. Ninguno vindicó con más energía el deber de la corte de establecer la autoridad de la ley fundamental de la nación, ninguno se abstuvo más escrupulosamente de invadir el campo de la administración ejecutiva o de la controversia política. La admiración y el respeto que él y sus colegas ganaron para la corte serán siempre el baluarte de ésta; las tradiciones que bajo él y sus compañeros se formaron han continuado en general guiando la acción y elevando el sentimiento de sus sucesores".

"Se apoderó con extraordinaria fuerza e inteligencia de la idea cardinal de que la creación del gobierno nacional implica la concesión de las facultades subsidiarias que se requieren para hacer efectivas las facultades y los propósitos fundamentales, pero desarrolló y aplicó esta idea con tanta prudencia y sobriedad, no pisando nunca el campo puramente político, no cayendo nunca en la tentación de teorizar, sino contentándose con sacar, como buen abogado, las consecuencias de los principios legales, que no parecía que la constitución surgía bajo sus manos en toda su estatura, sino más bien que gradualmente le quitaba él el velo hasta que quedó descubierta en la armoniosa perfección de forma en que sus autores la diseñaron".

(6).—"En todo caso de incompatibilidad entre la constitución y la ley, se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales". (Art. 40. Acto Legislativo Nº 3 de 1910, Colombia).

ma debe prevalecer: es la ley del caso, y los tribunales deben seguir los dictados de la ley. La manera como se ejerce esta alta facultad tiende a hacerla más efectiva y a evitar fricciones que de otro modo habrían existido. No se traen las leyes del congreso y las de los estados para que la corte suprema les ponga la marca "constitucional" o "inconstitucional", según el caso, y volverlas al cuerpo legislativo. La corte no toma en consideración las leyes hasta que se traen ante ella en un "pleito", en una controversia real entre partes. Ella no contesta cuestiones en principio, no decide casos abstractos. En 1793, Washington, perplejo ante algunas cuestiones de derecho internacional que surgieron de las vociferaciones del ministro de Francia, propuso a la corte suprema veintinueve cuestiones: si Francia tenía derecho de reparar sus navíos de guerra en nuestros puertos, establecer tribunales de presa en nuestro territorio, si buque libre hacía la mercancía libre, etc. La corte respetuosamente declinó contestar las preguntas, sosteniendo que solamente podía dar opiniones en casos que debidamente fueran traídos ante ella (7). En algunos estados hay la prevención que permite someter cuestiones abstractas a sus tribunales. En la crisis que ocurrió en el estado de Maine, bajo el gobernador Garcelon, se usó ese método de obtener una opinión judicial con buen resultado, pero en general es mejor que las cuestiones que requieran una determinación judicial sean traídas ante las cortes en juicios sostenidos por las partes interesadas.

Los tribunales de apelación de los estados ejercitan la facultad de declarar nulas las leyes dadas por las legislaturas de los mismos cuando están en conflicto con su constitución (8). De acuerdo con la constitución inglesa, según la cual una ley del parlamento es la más alta disposición legislativa, los tribunales no tienen que decidir entre esa ley y una constitución. Sin embargo, los tribunales ingleses DEBEN interpretar las leyes del parlamento cuando afectan casos propuestos en juicio a los mismos tribunales. Pero si ellos interpretan una ley en sentido distinto del que quiso el parlamento que tuviera, puede este cuerpo dar una nueva ley que presente la verdadera intención. Esto se puede hacer también aquí, si el asunto es sólo de interpretación. Pero si la corte suprema sostiene que una ley, por sus propósitos, es contraria a la constitución, el congreso no tiene poder constitucional en la materia. La decisión de la corte es final solamente entre las partes del juicio, estrictamente hablando; por lo que hace a otras personas, extrañas a ese juicio, no tiene carácter de decisión; pero si ellas fundan su derecho en la misma ley, deben esperar que su caso sea resuelto en el mismo sentido (9). Pero la constitución no ha dejado al pueblo sin un medio, dentro del orden, de hacer que la constitución sea lo que ellos desean que sea, si la corte suprema la desnaturaliza. El método consiste en enmiendas propuestas a los estados, ya sea por el voto de dos ter-

---

(7).—En los asuntos sobre exequibilidad de actos legislativos, leyes y decretos, procede la corte colombiana 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.

(8).—"Las ordenanzas de las asambleas son obligatorias mientras no sean anuladas por la autoridad judicial en la forma que prescriba la ley". (Art. 57. Acto Legislativo Nº 3 de 1910).

(9).—Olvídase a menudo la diferencia esencial que en Colombia existe entre la inexequibilidad y la inaplicabilidad.

Son inexequibles un acto legislativo, una ley o un decreto, cuando la corte declara que no pueden ejecutarse o cumplirse, que carecen de valor y de efecto, que no tienen vida. Son inaplicables una ley o un decreto, cuando no puede dárseles cumplimiento porque pugnan contra actos de mayor entidad.

Decidir de modo general y firme sobre la exequibilidad de un acto legislativo, de una ley o de un decreto, es función privativa de la corte; pero resolver en un caso especial, y transitoriamente, si una ley o un decreto son inaplicables, atribución es que compete al funcionario llamado a aplicar tales actos.

Cuando la corte decide que un acto legislativo, una ley o un decreto son inexequibles, el acto legislativo no puede ser sancionado, y la ley o el decreto

cios de ambas cámaras del congreso, o por una convención pedida por los dos tercios de los estados y adoptada por las legislaturas de tres cuartos de los estados o por convenciones en esos estados. Hay un ejemplo de ese uso del poder de enmendar. La segunda sección del artículo tercero de la constitución declara que "el poder judicial se extenderá a controversias... entre un estado y ciudadanos de otro estado".

En el "Federalist", Hamilton sostenía que la jurisdicción así otorgada no se extiende a los individuos particulares que demandan a los Estados Unidos. Pero en 1793, la corte suprema, en una resolución dictada por su presidente Jay, sostuvo y declaró que su jurisdicción se extendía a esos casos, y conoció de un tal Chisholm, ciudadano de Carolina del Sur, contra el estado de Georgia, por el pago de una deuda. Grande excitación popular se produjo con esta sentencia, que parecía violatoria de la dignidad de un estado, que podía ser demandado por el ciudadano de otro estado. Se buscó el remedio y se le obtuvo, no atacando a la corte, sino adoptando el año siguiente la enmienda undécima que declara que el poder judicial no debe extenderse a juicios promovidos por ciudadanos de otro estado o de un país extranjero contra un estado. En el ejercicio de esta extrema pero necesaria facultad de declarar que una ley del congreso o de un estado es nula, la corte suprema ha obrado con suma prudencia, pero también con gran valor (10). Los servicios de esa corte, definiendo y definiendo los poderes nacionales, apenas pueden ser bastante ponderados y popularmente son muy poco apreciados.

Washington ha dejado el recuerdo de muchas expresiones de la estimación en que él tenía al poder judicial de la nación, como un

---

quedan borrados de la legislación nacional; cuando la misma corte en una controversia cualquiera, o cuando otro funcionario llamado a aplicar las leyes, estiman que alguna de éstas o algún decreto han de ceder el campo de aplicación a la carta fundamental, se limitan a aplicar la carta, sin que pueda decirse por ello que los preceptos desechados son nulos para lo futuro y para siempre.

Con mayor claridad: la sentencia de la corte que recae sobre la validez del acto legislativo, de la ley o del decreto, tiene a éstos por materia litigiosa y define sobre su exequibilidad. Cuando la corte misma, u otros funcionarios, en determinados casos, estiman que una ley o un decreto son inaplicables, pueden considerar más tarde, en otros casos análogos, que la ley o el decreto deben cumplirse. Ya la materia litigiosa no son la ley o el decreto sino el negocio en que esos actos se invocan.

---

(10).—Nos atrevemos a pensar que la corte colombiana, como asustada con la misión que se le confió en el año de 10, ha sido tímida en su cumplimiento y ha encogido o achicado en la práctica su inmenso poderío.

En el ejercicio de su función de decidir sobre la exequibilidad de las leyes o decretos acusados ante ella por cualquier ciudadano, ha acostumbrado negarse a estudiar estos actos únicamente a la luz de los textos aludidos en la demanda, en vez de analizarlos por sus diferentes visos y aspectos, comparándolos con todos los preceptos de la carta que estime pertinentes al caso y con el espíritu que informa esa carta.

Ha sostenido la corte, observa Francisco de P. Pérez, que "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..... 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".

elemento fundamental en nuestro sistema de gobierno. Ellas tienen aplicación actual (11).

. . . . . .

La observación de Webster de que "la constitución sin la corte no sería constitución, el gobierno no sería gobierno", no es una exageración.

Entre los hombres que redactaron la constitución nacional, había muchos de habilidad jurídica eminente y algunos que poseían en alto grado la facultad de expresarse con propiedad; sin embargo, desde el momento en que se estableció el gobierno bajo la constitución hasta el momento actual ha pasado por los salones de la corte suprema de justicia una procesión de cuestiones respecto del significado de esta sección o de aquella frase de ese instrumento. Aunque no se cierra la puerta detrás de la última de esas cuestiones, y probablemente nunca se cerrará. Ellas se refieren no sólo al texto —a las facultades concedidas expresamente al gobierno nacional— sino que cada poder expreso puede traer consigo una o muchas facultades incidentales, esto es, poderes necesarios para llevar a efecto la facultad expresa o específica. La facultad u orden de hacer determinada cosa, implica la facultad u orden de hacer todas las otras cosas que deben hacerse para ejecutar dicha facultad o cumplir la orden (12). Para el espíritu de un lego puede parecer inexplicable y un poco desalentador que no haya bastado un siglo para interpretar la constitución; pero la explicación se encuentra principalmente en el hecho de que los preceptos constitucionales están concebidos en términos generales, y constantemente se acude a la corte para que los aplique a nuevas y particulares condiciones. ¿Qué significa la cláusula del comercio entre estados aplicada a los ferrocarriles y telégrafos, cosas que el que escribió la cláusula nunca soñó siquiera? ¿Cómo deben aplicarse las limitaciones de los poderes constitucionales en un estado de guerra civil? ¿Cómo puede garantizarse una forma republicana de gobierno en los estados en que se intente una separación? ¿Es una proclamación del ejecutivo en tiempo de guerra civil bastante para emancipar a los esclavos? No habría sido el camino más seguro el de procurar ser específico, aun en el caso en que todas estas cosas hubieran sido previstas por los miembros de la convención y podía haber sucedido que, si se hubiera previsto cada una de las futuras aplicaciones de la proposición general adoptada, algunas de las más importantes no se habrían aprobado.

. . . . . .

Pero en los asuntos y casos en que los tribunales de los Estados Unidos pueden juzgar, su poder es completo y supremo (13). La decisión de la corte suprema de los Estados Unidos en cada caso de su jurisdicción es final; y la cuestión de si tiene o no jurisdicción en el caso debe, por supuesto, decidirla ella. Ningún otro tribunal puede interceptar sus mandatos. La interpretación final de la constitución de los Estados Unidos en lo que afecta a la cuestión de si un caso cae en la jurisdicción de la corte, así como en cuanto al principio sobre el cual se ha de juzgar el caso, es, y por la naturaleza de las cosas debe ser, de la exclusiva competencia de la corte suprema de los Estados Unidos. Una facultad en el tribunal de un estado, determinando en última instancia la cuestión de inteligencia de la constitución de los Estados Unidos, en lo que afecta a la jurisdicción de la suprema corte de la unión, subordinaría y prácticamente destruiría el poder judicial federal (14).

La concesión de la facultad de conocer y fallar en juicios que entrañan asuntos especiales, o entre personas de cierta especie, trae consigo la de determinar si esos asun-

(11).—Al entregarle su nombramiento de la corte suprema a John Jay, aprovechó Washington la ocasión de decir, según cuenta Harrison: "Me da especial placer dirigirme a vos como la cabeza de ese gran departamento, que debe ser considerado como la clave de nuestro edificio político". Y escribía a James Wilson, según el mismo autor: "Considerando el sistema judicial como el principal pilar sobre el cual nuestro gobierno debe descansar, creí de mi deber nombrar para los altos empleos en ese departamento a aquellos hombres que yo consideraba darían lustre a nuestro carácter nacional".

(12).—La corte de Colombia dictó una interesante sentencia sobre facultades implícitas. ("Gaceta Judicial" Nº 1832. Véase con sus salvamentos de voto).

(13).—El fallo sobre inexequibilidad puede considerarse en Colombia: o como función legislativa, en cuanto da vida o se la quita a un acto legislativo; o como judicial, en cuanto decide de una controversia entre la ley constitucional y la ordinaria; o como constituyente, en cuanto guarda la integridad de la constitución nacional.

(14).—Con orgullo puede ufanarse Colombia de haber superado, en punto de control de las leyes, a Inglaterra, a Francia y a los Estados Unidos de América.

En Inglaterra, país en que no hay propiamente una constitución escrita, sería imposible sentar normas por el estilo de las colombianas. Observa Harrison que lo que se llama en Inglaterra leyes constitucionales —tales como la magna carta, la de-

los están comprendidos en el caso en cuestión y si las partes son de la especie descrita. Está expresamente establecido que "los jueces de cada estado" están obligados ante todo a obedecer y cumplir la constitución y las leyes que de ella se deriven "no obstante cualquiera disposición en contrario de la constitución y leyes del estado". En una palabra, pues, éste es el "poder judicial de los Estados Unidos": conocer y fallar en última instancia de aquellos casos y solamente de aquellos casos que la constitución encomiende a los tribunales de los Estados Unidos, y necesariamente, decidir si cada caso, tal como se propone, está o no dentro del límite de las facultades concedidas.

La constitución deja las cuestiones políticas a los departamentos políticos, es decir, al congreso y al presidente; la corte suprema no las tomará en cuenta (15). El presidente de la corte, Marshall, dijo: "Cuestiones de naturaleza política o que por la constitución y las leyes se sometan al ejecutivo no pueden resolverse en la corte". Son cuestiones políticas, por ejemplo, el reconocimiento de la soberanía de otra nación y sus límites territoriales, el reconocimiento de una organización particular como el verdadero gobierno de un estado o la determinación por el presidente de cuál es el gobierno legítimo en un estado, cuando se le pide que ayude a sofocar en él una insurrección, etc. (16).

declaración de derechos, la ley de sucesión, las leyes de unión con Escocia e Irlanda—, son leyes como cualesquiera otras, derogables por el parlamento ni más ni menos como puede derogarse una ley sobre caminos nacionales, o rebajarse los derechos sobre el tabaco.

En Francia, una vez votada y promulgada la ley, no existe poder capaz de juzgarla y anularla. Se la reputa constitucional. Está allí consagrado el principio de nuestro famoso artículo 6º de la ley 153 de 1887, en lo sustancial. Sin embargo, los juristas franceses han reaccionado últimamente en favor de la jerarquía de las leyes, sosteniendo esa jerarquía por aplicación de las normas generales de derecho, a pesar de no existir en Francia un artículo como el 40 de nuestro acto legislativo Nº 3, según el cual en todo caso de incompatibilidad entre la constitución y la ley, se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales. Duguit registra en el derecho positivo actual la existencia de una verdadera jerarquía de las leyes: encima, la declaración de los derechos; debajo de ésta, las leyes constitucionales rígidas; más abajo, las leyes ordinarias. Hauriou dice que hay una razón de derecho en no aplicar las leyes ordinarias que estén en contradicción con la superlegalidad constitucional.

En los Estados Unidos de América puede el órgano judicial rehusar la aplicación de una ley inconstitucional, pero sólo cuando se trate de un proceso y para el caso particular controvertido. Está allí consagrado, en lo fundamental, el principio de nuestro artículo 40 del acto legislativo número 3 de 1910. Se admite la excepción del artículo 40, pero no se admite la acción del artículo 41. En Colombia existe la acción y la excepción. Es el sistema más perfecto que se conoce.

corte colombiana, con el fin de comunicarle que el senado concedió permiso al 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 efectuaría el presidente sus visitas. Quiso el ministro que la corte conceptuara, como guarda de la constitución, si durante la ausencia del jefe del Estado era el caso de llamar al primer designado o si podía delegar en uno de sus ministros el despacho de los asuntos urgentes. Su carácter de guarda de la constitución, no autoriza a la corte 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 define sobre la exequibilidad de lo objetado o acusado. Pero no puede dar conceptos sobre problemas jurídicos. 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 tenía aviso oficial de que el presidente se ausentaría del país, no se vio inconveniente en que ella, no a guisa de concepto sino como anuncio de lo que haría, ocurrida la ausencia del primer magistrado, dijera sin rodeos cuál iba a ser su actitud en el evento que se contemplaba.

(15).—Por nota de oficio fechada el 6 de mayo de 1926, se dirigió el ministro de gobierno a la

(16).—Pueden consultarse estos autores nacionales: José Vicente Concha, "Apuntamientos de Derecho Constitucional"; José María Samper, "Derecho Público Interno de Colombia"; Eduardo Rodríguez Piñeres, "Relaciones entre los Poderes Judicial y Legislativo"; Luis Eduardo Villegas y Rafael Navarro y Euse, "Salvamento de Voto"; Arcesio Aragón, "Nociones de Derecho Público Interno"; Fernando Garavito, "Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia"; Carlos Bravo, "Relaciones entre los Poderes Judicial y Legislativo"; Francisco de P. Pérez, "Estudios Constitucionales"; Archila José Antonio, "Algo sobre la naturaleza jurídica y los efectos de la inexequibilidad"; Nannetti C. Bernando, "La Corte Suprema de Justicia y la guarda de la integridad de la Constitución"; Tulio Enrique Tascón, "Derecho Constitucional Colombiano"; José Antonio Montalvo, "Salvamento de Voto", y Alfredo Araújo Gráu, "Jurisdicción Constitucional". (Este último estudio es el más reciente y más completo que conocemos. 1936. Talleres Gráficos "Mundo al Día". Bogotá).

COLABORACION JURIDICA

SOCIEDADES

Miguel Moreno Jaramillo

(Tomo IV)

(continuación).

435.—Pueden reivindicarse las acciones al portador?

Contesta Claro Solar:

"Aunque esta clase de valores mobiliarios se transfieren con la entrega del título y sus cupones y amortización son bienes pagados por la sociedad o institución deudora al tenedor del título, el propietario puede haberlos perdido o haberle sido hurtados o robados, puede haberlos entregado a otra persona para su guarda y esa persona fallecer y al creer sus herederos que esos valores pertenecían al difunto, pueden haberlos dado en prenda a un acreedor que es sometido a concurso o quiebra y haberse inventariado tales valores como pertenecientes al concursado; y en todas estas situaciones y otras análogas, justificada la identidad de los títulos, nada se opone a la reivindicación, salvo que el poseedor que los hubiere comprado en una bolsa de comercio tendría derecho a que se le pagara el precio. Se ha fallado, en efecto, que los bonos al portador son reivindicables, pues se encuentran comprendidos entre las cosas singulares que pueden serlo y no les afecta ninguna excepción legal relativa al derecho de sus propietarios para reclamarlos del injusto poseedor o detentador; y que no obsta a la identificación y reivindicación de los bonos, para los cuales es admisible toda clase de prueba, la circunstancia de que las leyes distinguen los documentos al portador de los instrumentos a la orden o nominativos, porque tal distinción tiene por objeto especial determinar la forma en que se transfieren o ceden los bonos o documentos y no el propósito de modificar los preceptos relativos a las acciones y derechos del propietario de alguna de estas clases de bienes incorporales".

"En Francia se ha aplicado a la reivindicación de valores mobiliarios al portador la disposición del inciso 2º del artículo 2279, a pesar de que muy especialmente el principio que ese artículo consagra, en fait de meubles la possession vaut titre, es aplicable a esta clase de bienes en que la pérdida de la posesión del título importa la pérdida del derecho. Además, se han dictado en Francia las leyes de 15 de junio de 1872 y de 8 de febrero de 1902, explicativa de la anterior, que autorizaban al propietario que ha perdido o a quien se han hurtado o robado estos valores para oponerse a su negociación y al pago de los cupones y de las amortizaciones, oposición que es publicada en el boletín de la bolsa de París; con esta oposición el propietario puede reivindicar los bonos o valores, de manos del que se presente como dueño de ellos por adquisición posterior a esa publicación". (Tomo I, Nos. 8, 14, 15, 68, 96 y 121. Tomo II, Nº 204).

436.—En el tomo I, Nº 134, preguntámos cómo puede subsistir la sociedad después de disuelta, y citámos a don Lorenzo Benito y de Erdara, comentador del código de comercio venezolano, lo mismo que al doctor Daniel Uribe Botero, quien trató de este asunto en su tesis de grado. También en el tomo II, Nº 238, aludimos a la misma cuestión.

La corte suprema de justicia, sala civil de única instancia, dijo lo siguiente en fallo fechado el 7 de noviembre de 1935, cuya ponencia correspondió al doctor Eleuterio Serna R.:

"Para la corte, la sociedad disuelta conserva su personalidad jurídica para los efectos de la liquidación: esto, porque la persona jurídica es la resultante de una ficción de la ley, y distinta, por consiguiente, de las personas naturales, lo que se ve claro al atender a las disposiciones del título 36 del libro 1º del código civil y a los artículos 24 y siguientes de la ley 57 de 1887, donde se encuentra en forma precisa esa distinción. Las personas naturales equivalen a personas físicas; las jurídicas son una abstracción. Aquéllas nacen de un hecho natural; éstas tienen una existencia que se origina de la ley...."

"Ahora: para llegar al convencimiento de que la personalidad jurídica de las sociedades no deja de existir del todo por su disolución, basta atender a la ley misma que las crea. Así: el artículo 537 del código de comercio llama al liquidador mandatario de la sociedad; y si ésta dejara de tener existencia, como persona jurídica, una vez disuelta, no se ve cómo el liquidador pueda ser mandatario de ella durante la liquidación. También el artículo 541 de la misma obra dice que el liquidador representa a los asociados activa y pasivamente; y en el 540 —numerales 2º, 3º, 4º, 5º y 6º— se indica claramente que él ejecuta operaciones en nombre de una sociedad que se halla en liquidación".

"Estas citas están dando a entender que la sociedad en liquidación tiene supervivencia que la faculta o capacita para reclamar sus derechos ante terceros y responder de sus obligaciones".

"¿Cómo podría hablarse de mandatario de la sociedad en liquidación y decir que el liquidador ejecutaba operaciones en nombre de la sociedad, si ésta, después de la disolución, no tuviera alguna supervivencia? ¿Cómo podría el artículo 541 decir que el liquidador representa a los asociados, si ya la sociedad estuviera definitivamente extinguida? Si lo estuviera, entonces no serían propiamente socios sino particulares...."

"En nuestra legislación, lo que sigue al estado de disolución de una sociedad, es la liquidación de la misma, que es un estado legal de su existencia. Por esa liquidación, la sociedad limita la órbita de sus actividades y se dedica especialmente a ponerles fin a los negocios iniciados. Quiere decir esto que durante el período de la liquidación la sociedad comercial vive y conserva su personalidad, en algunos casos casi tan completa como en el tiempo anterior a su disolución, pues tiene un patrimonio propio, y órganos a través de los cuales se desenvuelve y actúa. Sólo que las atribuciones de los directores o gestores se restringen en su extensión, por los fines naturales de la liquidación, que exigen que todos sus actos se dirijan a terminar los negocios pendientes, a convertir en dinero los haberes sociales, a pagar las deudas, a liquidar donde sea preciso la actividad social, a hacer ingresar en caja los créditos, a dividir entre los socios el patrimonio activo o pasivo, etc., etc...."

"Cuando la sociedad se encuentra en el período de la liquidación, la representa el liquidador activa y pasivamente en juicio, y no los socios, salvo que éstos acuerden que la liquidación se hará colectivamente por ellos. Si esto no se ha acordado, la demanda se promoverá por el liquidador en nombre de la sociedad en liquidación, y no por los socios para la sociedad, sino cuando conste la circunstancia de que se hayan avenido a hacer la liquidación por sí mismos, requisito que es indispensable". (Tomo I, Nos. 77, 78, 79, 86, 116, 120, 121, 134, 135 y 136. Tomo II, Nos. 150, 151, 152, 163, 174, 206, 215, 250 y 256. Tomo III, Nos. 271, 319 y 334).

437.—De la "Jurisprudencia Razonada del Tribunal Superior de Bogotá", por el doctor Luis F. Latorre U., tomamos las doctrinas que aparecen en los números siguientes, del 438 al 444, inclusive:

438.—"Disuelta una sociedad colectiva, antes de liquidarse, ninguno de los socios puede ejecutar al otro por la parte que le corresponde en cantidades recibidas por el demandado a nombre de la sociedad, porque aun cuando en posiciones confiese el hecho del recibo, de esa confesión no aparecería una deuda expresa a favor del demandante por una suma líquida (artículo 47, ley 40 de 1907), sencillamente porque no se ha hecho la liquidación social para saber cuánto le corresponde a cada socio. El artículo 2141 del C. C. indica la forma de liquidar las sociedades disueltas: aplicando la regla de la partición de bienes herenciales, y es claro que el procedimiento adecuado no es el de un juicio ejecutivo" (auto, 2 de octubre de 1919, Bogotá). (Tomo I, Nos. 77, 117, 120, 134, 135 y 136. Tomo II, Nos. 163, 215, 238 y 256. Tomo III, Nos. 265,271, 253 y 300).

439.—"La sentencia dada contra una sociedad colectiva, en un juicio en que el demandante no quiso litigar directamente con los socios sino con el representante de la persona jurídica, presta mérito contra aquéllos, porque en virtud de lo dispuesto en los artículos 487 C. de C. y 850 C. J., basta demandar a la sociedad y obtener un fallo contra ella, para perjudicar a los socios. La garantía o ventaja que da la solidaridad al tercero contratante, ahora a éste la controversia con todos, y precisamente por eso al accionar contra una compañía colectiva mercantil, no necesita para obligar a los asociados hacerlos comparecer en juicio".

"La situación sigue siendo la misma aunque el fallo de que se trata se hubiera fundado en una confesión del gerente, el cual representa a la sociedad, y condenada ésta debe entenderse condenados los socios (artículo 574 C. J.)".

"Tampoco se desvirtúa esta doctrina porque el representante de la compañía hubiera desistido de la apelación interpuesta contra la sentencia en cuestión; pues eso equivale a no haber recurrido, y el representado o el deudor solidario vienen a ser obligados por la sentencia, ya sea ésta confirmada si se apela, o ya se ejecutorie por no haberse apelado o por haberse desistido del recurso. Al decir el artículo 820 del código judicial que el desistimiento sólo perjudica a las personas que lo hacen, salvo el derecho de los demás apelantes y el de la contraparte que ha tenido gastos en el pleito o recurso y que no puede perderlos, porque la otra desista incondicionalmente y sin convenio; pero esa disposición no alude a los terceros no litigantes que de acuerdo con la ley (artículos 846 y siguientes del C. J.) resultan obligados siempre con la sentencia" (auto, 16 de agosto de 1922, Bogotá). (Tomo I, Nos. 110, 119, 120 y 140. Tomo II, Nos. 158, 185 y 189).

440.—"Disuelta la sociedad colectiva por cualquier causa legal, debe procederse a la división de su haber, aplicando las reglas relativas a la partición de los bienes hereditarios y a las obligaciones entre los coherederos (artículo 2141 C. C.); de suerte que la sociedad aun disuelta sigue produciendo ciertos efectos que dan origen a derechos y obligaciones entre los socios, análogos a los que ligan a los copartícipes de una herencia. Es decir, que el lazo contractual que los unió no se rompe del todo mientras no sobrevenga la liquidación".

"Hay comentadores que sostienen que la personalidad jurídica continúa con el mismo carácter de sociedad, después de disuelta pero antes de liquidarse; otros afirman que la sociedad como tál, desaparece, pero que durante la liquidación se forma una comunidad sujeta a las reglas propias de la última (entre los primeros pueden contarse a Aníbal Dominiche, Lorenzo Benito y de Endara, Enrada, Etienne Jarjavay y Cesare Vivante; entre los segundos Baudry-Lacantinerie, Demolombe, Pothier, Fernando Vélez, Antonio José Cadavid, etc.); mas a ninguno se le ha ocurrido que la simple disolución liberte a los socios de todas sus obligaciones y les confiera el derecho de disponer discrecionalmente de cuanto pertenecía a la compañía".

"De todo lo cual se deduce que quien así procede debe pagar los perjuicios que con sus actos dispositivos cause, entre la disolución y la liquidación sociales".

"Y en esa sanción incurre el socio que dispone de un bien propio, no perteneciente al haber común, pero en el que se hallaba incorporado algún capital de la sociedad; como en el caso de que se hubiera formado una compañía para explotar una carbonera en predio de una de las partes y que habiéndose invertido dinero social en los socavones, herramientas, etc., al disolverse la sociedad el dueño del fundo dispone de él con todos sus accesorios sin contar con el consocio" (sentencia, 21 de agosto de 1919, Bogotá). (Tomo I, Nos. 77, 78, 79, 86, 116, 120, 121, 134, 135 y 136. Tomo II, Nos. 150, 151, 152, 168, 174, 206, 215, 250 y 256. Tomo III, Nos. 271, 319 y 334).

441.—"La disolución de una sociedad colectiva y creación de una anónima por los mismos socios, y aunque esos actos se hagan constar en un solo instrumento, implican la extinción de una persona jurídica y el nacimiento de otra distinta. El concepto de que subsiste la misma personalidad, es inadmisible, sobre todo en relación con los terceros, pues en la sociedad anónima desaparecen las personas y nombres de los socios que en la colectiva estaban vinculados a las obligaciones contraídas por la sociedad, hasta el punto que la cuota del socio insolvente, en las deudas sociales, grava a los otros (artículo 2121 C. C.), mientras que en la anónima los accionistas no son responsables sino hasta el monto de sus acciones (artículo 580 del C. de C.)".

"Los contratos bilaterales dan derechos e imponen obligaciones recíprocamente, de manera que cada parte es deudora y acreedora de la otra, sin que pueda desligarse de sus obligaciones ni modificarlas en ningún sentido, pues de lo contrario estaría en sus manos novar la convención sin el asentimiento del acreedor; eso no es posible (artículos 1690 y 1694 C. C.), y en el caso que se contempla se produciría tal fenómeno, porque la doble responsabilidad solidaria, social e individual, que pesa sobre la compañía colectiva y los socios, determinados y conocidos, se trocaría en la simple responsabilidad de la entidad anónima, sin que los accionistas, cuyos derechos son transmisibles por acto privado, llegaran a soportar ninguna acción".

"En el derecho francés vigente la cuestión es menos grave. Entre otras diferencias con el nuestro, merece anotarse la de que en Colombia el gerente o administrador puede ser o no ser asociado (artículo 582 C. de C.). Lo mismo sucedía bajo el imperio exclusivo del código francés, pero el artículo 22 de la ley de 24 de julio de 1867 exigió que los administradores serían "tomados de entre los socios". Además, el ar-

ticulo 26 preceptúa que los administradores deben ser propietarios de un número de acciones determinado por los estatutos, que estas acciones están afectadas en su totalidad a la garantía de todos los actos de la gestión, y son nominativas, inenajenables, estarán marcadas con un sello que indique la inenajenabilidad y permanecerán depositadas en la caja social. Así las cosas, los terceros gozan de mayores seguridades, y encuentran en presencia de las compañías anónimas una persona natural que les responda directamente en algo".

"Entre nosotros se contrata con la sociedad colectiva, generalmente en consideración a la solvencia, honradez y demás cualidades de los socios (intuitus personae), que quedan obligados. No se puede compeler al acreedor a que cambie esos deudores por una sociedad anónima (sin nombre), cuyo gerente de nada responde, y que muchas veces no es ni siquiera socio".

"Consecuencia lógica de esta doctrina es la de que la sociedad anónima carece de personería sustantiva para ejercitar las acciones que la colectiva anterior, o los socios después de la disolución, pudieran tener contra terceros, en mérito de un contrato celebrado antes de crearse la anónima y no traspasado a ésta con la voluntad de los terceros contratantes" (sentencia, 29 de mayo de 1922, Bogotá). (Tomo I, números 77, 78, 79, 86, 116, 120, 121, 134, 135 y 136. Tomo II, números 150, 151, 152, 163, 174, 206, 215, 250 y 256. Tomo III, números 271, 319 y 334).

442. —"En las sociedades de hecho no hay acción directa sobre rendición de cuentas contra ninguno de los socios. Es verdad que la ley reconoce ciertos efectos a esas compañías, pero únicamente los determinados por la misma ley. Así, en las de carácter mercantil, constituídas por documento privado, apenas dan derecho para exigir el otorgamiento de escritura pública, antes de dar principio a las operaciones (artículo 466 C. de C.). Si ya se principiaron los negocios, no se puede alegar a terceros las irregularidades de que adolezca el contrato (artículos 472 y 477). Si no se ha terminado la sociedad, entre los socios rige el artículo 475, el cual preceptúa que declarada la nulidad, los socios procederán a la liquidación de las operaciones anteriores, sujetándose a las reglas del cuasicontrato de comunidad. Ese artículo guarda perfecta armonía con el 2083 del C.C. Es decir, que es incuestionable la acción de cualquiera de los socios para terminar la sociedad de hecho y pedir su liquidación, conforme a las reglas citadas, o sea nombrando de común acuerdo o por medio del juez un liquidador o partidor y procediendo como disponen los artículos 535 y siguientes del C. de C. Pero todo eso es muy distinto del juicio de cuentas directo" (auto, 11 de octubre de 1922, Bogotá). (Tomo I, números 53 y 129. Tomo II, números 149, 153, 167, 168, 169, 186 y 250).

443.—"El contrato consistente en dar una persona ganado flaco a otra señalándole cierto valor, para cebarlo en predios de ésta, y repartir luégo el excedente que se obtenga al vender las reses gordas no es o constituye un depósito remunerado que degenere en arrendamiento de servicios (artículo 2244 C. C.), porque el dueño del potrero no recibe su remuneración "por la simple custodia", ni debe restituir el ganado a voluntad del depositante (artículo 2251 C. C.), pues tiene la obligación y también el derecho de mantener los semovientes en sus dehesas hasta cuando estén cebados, y la ceba no podría impedirla el dueño del ganado, porque a la utilidad que ella produzca se vincula un derecho ajeno".

"Todos los elementos del negocio concurren a poner de manifiesto que se trata de una sociedad (artículos 2079 y 2081 C. C.); aporte de un capital en semovientes por un socio y del valor de los pastos y servicios por el otro, con reparto final de utilidades. Así las cosas, el propietario del ganado carece de acción como depositante para demandar al terminarse el negocio la restitución de los animales. Como socio de una compañía civil, constituída para un negocio de duración limitada (artículo 2125 C. C.) tiene el derecho que la ley concede a los miembros de una sociedad disuelta (artículo 2141 ibídem)" (sentencia, 12 de abril de 1918, Bogotá). (Tomo II, números 186 y 193. Tomo III, número 266).

444.—"La sociedad extranjera que cumpla los requisitos exigidos por los decretos 2 y 37 de 1906, no puede luégo eludir las acciones enderezadas contra ella ante los jueces colombianos; alegando que no tiene aquí ni ha tenido negocios de carácter permanente. Desde el momento en que cumplió esos requisitos fue porque la misma casa así lo estimó y quiso que así lo estimaran todos los que fueran a negociar con ella, seguros de que sus contratos no adolecerían del vicio legal contemplado por el artículo 6º del decreto 2, y de que tendrían todas las acciones y garantías que tienen los terceros que contratan con corporaciones extranjeras avecindadas en Colombia. Para terceros y para el Estado, el carácter de permanencia de los negocios de una casa extranjera se

acredita con la protocolización, registro y publicidad de los documentos aludidos en los decretos citados; y mientras no se cancelen, bien puede la casa no haber celebrado sino un solo negocio, y su situación jurídica no varía para los efectos jurisdiccionales, en las controversias que se susciten con motivo de ese único contrato".

"Tampoco pierden la jurisdicción los jueces colombianos para la cancelación de los registros y revocación de los poderes del representante de la compañía, con posterioridad al contrato materia del pleito. De lo contrario, una sociedad extranjera podría llenar las exigencias legales y constituír el apoderado de que trata el artículo 6º, Ley 40 de 1907, para el solo efecto de celebrar un contrato, y perfeccionado éste, cancelar los registros, revocar el mandato de su apoderado y privar a la otra parte del ejercicio de sus acciones en Colombia" (autos, 15 y 25 de octubre de 1917, Bogotá). (Tomo I, números 36, 105 y 123. Tomo II, número 164. Tomo III, números 321, 322, 323, 336 y 341).

SALA DE CASACION EN LO CIVIL

IRRESPONSABILIDAD DE LOS BANCOS POR PAGO DE CHEQUES FALSOS EN EL CASO DE NEGLIGENCIA O DESCUIDO DEL TENEDOR DE LIBRETAS DE CHEQUES EN CUANTO A LA CONDUCTA DE SUS EMPLEADOS DE CONFIANZA.—CLAUSULA DE NO RESPONSABILIDAD.—INEFICACIA JURIDICA DE LA CLAUSULA DE NO RESPONSABILIDAD.—CLAUSULA DE NO RESPONSABILIDAD POR EL PAGO DE CHEQUES FALSOS GIRADOS EN LA CHEQUERA REGISTRADA DEL TENEDOR.—REFERENCIAS DE NUESTRA LEGISLACION SUSTANTIVA SOBRE INEFICACIA DE LA CLAUSULA DE NO RESPONSABILIDAD.—DOBLE TENDENCIA DE LA DOCTRINA DE LOS EXPOSITORES DE DERECHO SOBRE ESTE PUNTO.—OPINION DE ALGUNOS EXPOSITORES SOBRE INADMISIBILIDAD EN LA JURISPRUDENCIA FRANCESA DE LAS CLAUSULAS DE NO RESPONSABILIDAD Y SOBRE INVERSION DE LA CARGA DE LA PRUEBA QUE CORRESPONDE AL ACREEDOR.—REFERENCIAS GENERALES DE LEGISLACION COMPARADA SOBRE CHEQUES EN CASO DE ROBO, PERDIDA O FALSEDAD Y SOBRE PAGO DE CHEQUES FALSOS

1.—La cláusula que contiene una exención franca de responsabilidad en los contratos, como contradictoria que es del orden social, no puede tener valor. Tal cláusula de no responsabilidad, en su aludida forma franca, es aquella al tenor de la cual se estipula, al asumir contractualmente una obligación, que el deudor no será responsable en caso de inejecución. 2.—La cláusula sobre responsabilidad del tenedor de una chequera en cuanto a su custodia y al uso que de ella se haga no se opone a los principios que establece nuestro Código Civil, relativos a las cláusulas francas de irresponsabilidad. 3.—Habiéndose estipulado para el tenedor de la chequera una responsabilidad especial sobre custodia que no contradice los textos legales, y siendo así que al tenor del artículo 1604 del C. C., la ineficacia de la cláusula de no responsabilidad se refiere a la inejecución debida a dolo o a culpa grave del deudor, está justificado el cargo de violación de la doctrina contenida en los artículos del C. C. citados.

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

(Magistrado ponente, Dr. Antonio Rocha).

Bechara Salom, comerciante libanés establecido en Cali, mantenía una cuenta corriente en la sucursal del Banco Alemán Antioqueño. Durante el año de 1930, de enero a noviembre, el Banco pagó dieciocho cheques, no se sabe a quién, por valor de $ 4.700, en el concepto de estar girados por Bechara Salom y con cargo a la cuenta corriente de éste.

Salom aceptó expresamente como exacto el extracto de cuenta que el Banco le pasó al finalizar el primer semestre de 1930, al tenor del cual extracto el Banco había cubierto once cheques por valor de $ 2.800. Pero con motivo del extracto correspondiente a noviembre, Salom le avisó al Banco en cartas de febrero de 1931, que no estaba conforme con el saldo y que tenía reparos qué hacerle.

No se llevó a cabo ninguna aclaración, ni verbal ni escrita, y Salom demandó judicialmente al Banco para que se le condenase a pagarle la cantidad ya expresada de $ 4.700 y sus intereses desde el 5 de noviembre de 1930, fecha del último cheque.

Asevera Salom en el libelo que la firma de los dieciocho cheques no es la suya, sino falsificada por el alemán Carlos A. Leiter, antiguo empleado de su confianza, encargado de sus libros de comercio, pero que no tenía atribuciones para girar cheques ni para representar a Salom ante extraños, quien tomó las chequeras del lugar en que éste las guardaba debidamente y falsificó la firma de Salom "torpemente" en distintas ocasiones, de enero a noviembre, y el Banco pagó esos cheques "sin parar mientes en la torpeza de la falsedad y en que se trataba de una firma imitada tanto en la leyenda castellana como en la repetición en árabe de su propio nombre".

El Banco conviene en que pagó los cheques y niega que las firmas del girador sean falsas, y agrega que si lo fueran la culpa sería exclusiva de Salom; admite que Leiter era el empleado de confianza de éste, con atribuciones que no conoce.

El Tribunal Superior de Cali, en sentencia de segunda instancia de fecha 17 de julio de 1935, condenó al Banco al tenor de la demanda de Salóm, considerando, en síntesis:

Que la falsedad está plenamente demostrada con peritos, al tenor del art. 722 del C. J., lo cual hace responsable al Banco por lo previsto en el art. 191 de la Ley 46 de 1923; que este precepto es de orden público, "porque estatuye, dice el Tribunal, una sanción.... a la culpa que implica el descuido en cerciorarse de la autenticidad del instrumento antes de pagarlo"; en consecuencia, los derechos allí consignados no son renunciables por los depositantes, y hacen nula, por objeto ilícito, las cláusulas que el Banco les hace firmar a los depositantes al entregar las libretas de cheques. Demostrada la falsedad, encuentra explicable el error en que incurrió Salom al convenir en la exactitud del saldo del primer semestre.

Síntesis y estudio de la demanda de casación

Son varias las cláusulas aceptadas por Bechara Salom al retirar del Banco las libretas de cheques y que el Tribunal considera contrarias al precepto del art. 191 de la Ley 46 de 1923, por tener objeto ilícito y ser nulas consecuencialmente. Pero de ellas solamente conciernen al objeto de este litigio las siguientes, y en cuanto se transcriben:

"Tercera.—El Banco se abstendrá de cubrir cheques cuyas apariencias, a juicio de éste, hagan presumir adulteración o falsedad".

"Quinta.—Si por culpa o descuido se usare de las hojas de la libreta para extender algún cheque falso,..... el cliente, dueño de la libreta, renuncia a todo reclamo contra el Banco y será responsable ante éste y ante terceros de los perjuicios que pudieren resultarle".

"Sexta.—Todo cheque perteneciente a la libreta del girador, aunque su firma haya sido falsificada, será de cargo de éste al ser pagado por el cajero....".

"Octava.—El que recibe una chequera del Banco se hace responsable de su custodia y de cualquier uso que de ella se haga. En consecuencia, el Banco no es responsable por el pago que él haga de un cheque falso...."

El Tribunal razonó así: "El art. 46 de la Ley 46 de 1923 hace responsable a todo banco del cheque falso que pague por cuenta de un depositante.... Esta disposición.... es, a juicio del Tribunal, de orden público, porque estatuye una sanción para esas entidades cuando han pagado un cheque falso, por la culpa que implica, indudablemente, el descuido en cerciorarse de la autenticidad del instrumento antes de pagarlo. De aquí que el derecho que el mentado artículo concede contra el Banco que paga un cheque falso, no mira únicamente al interés individual del que aparece como girador de él, y por consiguiente, ese derecho no puede renunciarse (arts. 15 y 16 del C. C.).

"Las estipulaciones que el banco demandado ha establecido en todos los recibos de sus chequeras y que, en el presente caso, aceptó Bechara Salom al firmarlos cuando se le entregaron las que figuran en autos y a las cuales pertenecen los cheque falsos, contrarias al precepto del art. 191 de la Ley 46 de 1923, tienen objeto ilícito y son nulas en todo lo que contravengan a ese precepto".

El recurrente, que empieza por acusar la sentencia por haberse tenido por demostrada la falsedad de las firmas del girador de los cheques, razona luégo sobre el supuesto, que no admite, de que realmente así fuera, para concluir por su lado que en tal supuesto la responsabilidad por el pago de los cheques falsos correspondería al girador. "Que es también la única conclusión de equidad a que se llega, dice el recurrente, ya que el delito, si lo hubo, fue cometido en la propia casa del demandante, en las chequeras con-

fiadas a su custodia, y por su empleado de absoluta confianza, según lo declara sin reticencias el hecho quinto de la demanda. En esas circunstancias cómo podría pretenderse que, aun sin las estipulaciones alegadas, fuera el Banco a sufrir las consecuencias...?"

"No obstante el Tribunal llegó a conclusiones contrarias porque, ofuscado con los principios equivocados que había sentado, pasó por alto las disposiciones generales sobre la culpa y los términos del contrato vigente" (Subraya la Corte).

El recurrente analiza la noción de orden público, para concluír que cuando el Tribunal afirma que toda disposición que establezca una sanción para la culpa es de orden público, incurre en error de generalización al aplicar a la culpa leve o a la levísima un principio relativo sólo al dolo o a la culpa grave. Pues si es evidente que el acreedor no puede renunciar el derecho de exigir reparación del deudor por la culpa grave o el dolo en que éste incurra sí puede renunciar al proveniente de la culpa leve o de la levísima, como lo admiten todas las legislaciones. Dice que por no haberlo entendido así, el Tribunal violó, por varios aspectos que analiza, tanto el art. 191 de la Ley 46 de 1923, al no relacionarlo con las cláusulas contractuales, como los preceptos 15, 16, 1522, 1604 y 2247 del Código Civil.

También alega el recurrente que al tenor del contrato se asignó al girardor la responsabilidad por el pago de cheques falsos girados en su propia chequera, lo cual corresponde lógicamente al cuidado que éste se comprometió a prestar en su guarda y uso, por ser instrumento comercial de suma delicadeza y valor, y en cuyo descuido hay culpa, la del art. 63 del C. C., de que se siguen consecuencias, las del art. 2341 y siguientes del mismo código; advierte que según el contrato, la responsabilidad de que el Banco allí se exonera es sólo de la que proviene del pago de cheques falsos girados en la chequera registrada, cuya custodia corresponde al depositante, según el contrato. De manera que el art. 191 de la Ley 46 de 1923 puede ser lícitamente modificado por estipulaciones privadas que hagan responsable al depositante de las culpas leves o levísimas en que éste incurra al cumplir el convenio, sin que por ello tal precepto se entienda violado; pero como el Tribunal le dio la calidad de precepto de orden público, lo entendió y lo aplicó mal. No adolecen, pues, de objeto ilícito las cláusulas del contrato para que puedan incluírse dentro de lo que por tal entiende el C. C. en sus arts 1519 y 1523.

Concluye el recurrente que por desconocimiento de los principios sobre objeto ilícito, sobre culpa, y sobre los efectos de las obligaciones, se violaron varios preceptos sustantivos, aún en el supuesto de que la falsedad de los cheques estuviera realmente comprobada, a saber:

a) Por aplicación indebida al caso del pleito de los arts. 1519 y 1523 del C. C., que precisan el objeto ilícito en los contratos.

b) Por infracción directa, ya que dejó de aplicarlos, siendo el caso de hacerlo, los arts. 1604 y 2341 del C. C. que regulan la responsabilidad originada en la culpa y permite que las partes la fijen libremente por convención celebrada entre ellas.

c) El art. 593 del C. J. por no haber tenido en cuenta para la sentencia las pruebas de la defensa.

d) Los arts. 761, 1765 del C. C. y 603 del C. J., por haber negado todo valor a los recibos de chequeras suscritos por Bechara, recibos en que constan las condiciones del contrato de cuenta corriente o depósito disponible celebrado entre aquél y el Banco demandante.

e) Los arts. 1769 del C. C., 604 y 606 del C. J., por haber desconocido el valor probatorio de la confesión judicial del demandante, hecha en posiciones, y que se refiere a la efectividad del contrato contenido en los recibos de chequeras firmados por Bechara.

f) Los arts. 1494 y 1602 del C. C., que reconocen los contratos o convenciones como origen de las obligaciones, y establecen que aquéllos son ley para las partes, por haber desconocido el Tribunal en su sentencia, de manera absoluta y total, el aludido contrato vigente y válidamente celebrado entre el depositante y el Banco, de que dan fe los recibos de chequeras suscritos por Bechara.

g) Finalmente, el mismo art. 191 de la Ley 46 de 1923 por interpretación errónea al afirmar que este artículo prohibe o contraría estipulaciones contractuales como las contenidas en los recibos de chequeras tantas veces citados".

La Corte considera:

La eficacia o ineficacia de las cláusulas de irresponsabilidad en los contratos, ha sido cuidadosamente estudiada por los autores, sea desde el punto de vista de la culpa, sea desde el de la carga de los riesgos, y ellas han dado lugar a la tesis llamada de la inversión de la carga de la prueba. No obstante la cuestión de la validez y efecto de las cláusulas de no responsabilidad es todavía objeto de vivas discusiones.

Las cláusulas que contienen una exención franca de responsabilidad, o sea aquellas por

las cuales se estipula, al asumirse una obligación contractual, que el deudor no será responsable si la obligación permanece inejecutada, contradicen la noción misma de obligación. La inejecución de una obligación constituye en derecho la culpa; se es responsable, en efecto, cuando no se ha ejecutado la obligación. Es una contradicción contraria al orden social, decir que se asume la obligación y convenir al mismo tiempo que se rehuye la responsabilidad en caso de inejecución. Y como obligación y responsabilidad son términos correlativos, aquella cláusula no puede tener valor.

La noción de obligación es el fundamento mismo del derecho y del orden en la sociedad. El orden social, implica el cumplimiento por parte de cada individuo de la misión que le corresponde. Pero para que ésta sea eficaz y conduzca a cada individuo a ejecutar su tarea en la sociedad, es preciso que ella esté asegurada por sanciones; y es indiscutible la obligación de respetar los compromisos contractuales como un elemento capital del orden social. No es pues admisible que constituyendo la obligación un elemento esencial del orden social, se lo descarte, en un caso determinado, prescribiendo a la vez la obligación y la exención de responsabilidad en caso de inejecución.

Es frecuente en la práctica que los deudores, para disminuir o aligerar sus obligaciones eventuales y sus riesgos en caso de inejecución de sus obligaciones, estipulen su no responsabilidad, cláusulas usadas en los contratos por adhesión, especialmente. La cláusula de no responsabilidad, en su aludida forma franca, es aquella al tenor de la cual se estipula, al asumirse contractualmente una obligación, que el deudor no será responsable en caso de inejecución.

La ley se ha referido a ellas en varias ocasiones, para considerarlas ineficaces o nulas. Así el art. 1895 del C. C. relativo a la garantía de evicción en caso de venta, es decir, a la obligación del vendedor de indemnizar al comprador cuando éste es privado del todo o parte de ella por un tercero que demuestra ser el verdadero propietario, permite excluír por estipulación la garantía referida; pero la misma ley en su artículo 1898 hace la reserva para el caso en que la evicción obedezca a un hecho personal del vendedor, entendiendo por hecho personal de éste una culpa suya, y dice que es entonces nulo ese pacto: la cláusula de no responsabilidad no produce efectos, y el deudor debe sufrir las consecuencias de su culpa.

Nuestras leyes sobre contrato de trabajo tampoco permiten las cláusulas de no responsabilidad en el caso de ruptura abusiva del contrato, el cual no puede romperse en condiciones que constituyan lo que se llama un abuso de derecho. El patrón no puede escapar en virtud de una estipulación contractual a las consecuencias de su culpa.

También el art. 1522 prohibe las cláusulas en virtud de las cuales se condone el dolo futuro, y el art. 63 asimila al dolo la culpa grave.

En cambio el art. 1604 del C. C. al precisar la responsabilidad general que corresponde al deudor según la naturaleza de los contratos que celebre y al dar la norma para la carga de la prueba de las obligaciones contractuales, permite a las partes estipular expresamente una responsabilidad especial y modificar consecuencialmente la regla sobre la prueba del cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones. Relacionando tal precepto con los arts. 63 y 1522, siempre se ha entendido que el deudor no puede estipular la exención de su responsabilidad en caso de que la inejecución de su obligación sea debida a dolo o a su culpa grave.

Muy conocidas son las dos tendencias de la doctrina de los más prestigiosos expositores de derecho: los que sostienen que es preciso reconocer una eficacia completa a las cláusulas de no responsabilidad, a lo menos para el caso de culpas leve y levísima, y la de los autores partidarios de la completa ineficacia de tales cláusulas, cuando la cláusula es de franca irresponsabilidad. Entre estos últimos, el Profesor Esmein (Clauses de non responsabilité, revue trimestrielle, 1926, pág. 353), y en sus conferencias de derecho civil en la Facultad de Derecho de París, sección IV, "les conventions relatives a la responsabilité", págs. 315 y sts., 1935-1936, dice:

"Pero hay algo que los contratantes pueden hacer sin contrariar el principio ya establecido. Pueden bajo ciertas reservas hacer que una obligación no nazca a cargo de uno de ellos, obligación que habría nacido si el contrato no la hubiera descargado expresamente. Pueden, por otra parte, modificar en una cierta medida las reglas relativas a la carga de la prueba que debe darse en un proceso suscitado por la inejecución de una obligación".

Y más adelante agrega: "Solamente que de un contrato nacen casi siempre no solamente las obligaciones que en él se han enunciado expresamente sino una serie de obligaciones particulares que le son anexas por la ley o por los usos y que nacerán de las circunstancias ante las cuales se encontrará el deudor. Es así como el vendedor de

un cuerpo cierto no entregado inmediatamente se constituye guardián de la cosa como un efecto del contrato. Como guardián estará obligado a una serie de obligaciones particulares, tales como no dejar la cosa en un lugar abierto, y si la tiene en un almacén, no dejar este almacén sin custodia. Si el vendedor no quiere asumir estas obligaciones, hay el medio de decir: quiero vender, pero entregando inmediatamente; no quiero conservar la cosa conmigo después de la venta. Pero si así no lo hace, él llega a ser su guardián, quiéralo o no. No puede estipular que no asumirá las obligaciones de la custodia si efectivamente él guarda la cosa aceptando no entregarla inmediatamente; habría contradicción en afirmar en el contrato que no será obligado en calidad de guardián y en asumir al mismo tiempo la situación de un guardián que conserva la cosa consigo. En este caso, aunque este vendedor haya estipulado en el contrato una cláusula de no responsabilidad, esta cláusula permanecerá ineficaz porque, asumiendo de hecho el papel de guardián, asume las obligaciones de tal".

De acuerdo con la doctrina que se acaba de transcribir, y que en nada se opone a los mismos principios que establece nuestro código civil, relativos a las cláusulas francas de irresponsabilidad y a la manera como deben entenderse de conformidad con el art. 1604 del C. C., se echa de ver que en nada contraría los principios del código la primera parte de la cláusula 8ª convenida bajo su firma por el depositante al retirar la libreta de chequeras, en cuanto dice: "El que reciba una chequera del Banco se hace responsable de su custodia y de cualquier uso que de ella se haga". Y efectivamente, el depositante retiró del poder del Banco tal libreta para usarla bajo su responsabilidad. Ese hecho por sí mismo, sin necesidad de cláusula, lo haría responsable de la custodia y del buen uso de la chequera.

Aún los expositores que sostienen, al contrario de Esmein, una eficacia completa de las cláusulas de no responsabilidad, a lo menos para el caso de culpas leve o levísima, no la consideran eficaz para cuando la inejecución se deba a dolo o a culpa grave del deudor, caso en el cual estiman que la cláusula de no responsabilidad es ineficaz, doctrina ésta que es la del art. 1604 en relación con el 1522 del C. C.

Planiol y Ripert, tomo IV (con el concurso de Paul Esmein), número 899 y sts.; —Demogue, en el Tratado de las Obligaciones, tomo III;— Ripert, La Regla Moral de las Obligaciones Civiles, número 112 y siguientes, consideran que la jurisprudencia francesa no admite la plena eficacia de las cláusulas de no responsabilidad, pero que les hace producir cierto efecto consistente en una inversión de la carga de la prueba. Según tal jurisprudencia, en presencia de una cláusula de irresponsabilidad, cuando la obligación permanece inejecutada, ya no es el deudor el que debe probar una fuerza mayor o un caso fortuito para descartar su responsabilidad, sino el acreedor quien debe probar que la inejecución es debida a una falta del deudor.

Pero como tal exigencia, o sea la de que la carga de la prueba de la culpa se le imponga al acreedor, ha parecido exagerada, la doctrina de los expositores propone una solución intermedia, que el Profesor Esmein enuncia así:

"Una solución intermedia puede contemplarse, consistente en permitir al deudor exonerarse de responsabilidad probando simplemente la ausencia de culpa, es decir, el carácter diligente de su conducta. Esto es para él menos difícil que probar la causa extraña. Sucederá que él puede probar que ha sido diligente y al mismo tiempo que le sea imposible probar la causa extraña. Esta es, a mi modo de ver, la mejor solución".

Como en presencia de los artículos 63, 1522 y 1604 del código civil resulta que las partes en este juicio estaban ligadas por un contrato de cuenta corriente al tenor del cual la validez del pago de los cheques dependía de varias cláusulas en que las partes estipularon una responsabilidad especial y en la medida que adelante se dirá desplazaron la carga de los riesgos, lo cual está permitido en principio por aquellos preceptos legales, y el Tribunal prescindió en absoluto del estudio de esas cláusulas por considerarlas totalmente nulas, por tener objeto ilícito y no poder ser materia de estipulaciones entre las partes, y siendo así que al tenor del artículo 1604 del C. C., aún interpretado a la luz de la más exigente doctrina sobre ineficacia integral de las cláusulas de no responsabilidad, ésta ineficacia solamente dice orden a la inejecución debida a dolo o a culpa grave del deudor, y en todo caso tales estipulaciones producen el efecto de la inversión de la carga de la prueba, aspecto que tampoco estudió el Tribunal, hay que concluír que es justificado el cargo de violación de la doctrina contenida en los referidos artículos del código civil, y además

de la expresada por los arts. 15 y 1602 del mismo código.

Las anteriores consideraciones solamente han tenido en cuenta los principios generales de responsabilidad por culpa en cuanto para algunas especies de ésta cabe la exención contractual, que son los puntos de vista enfocados por el recurrente y por el Tribunal cuando en la sentencia acusada dice que el art. 191 de la ley 46 de 1923 estatuye una sanción para el Banco que paga un cheque falso por la culpa que implica, según el fallador, el descuido en cerciorarse de la autenticidad del instrumento antes de pagarlo.

Parte de esto es cierto. Pero el verdadero alcance de tal precepto no queda fijado con esa simplicidad. Son precisas algunas otras consideraciones.

A juzgar por las referencias generales de legislación comparada que traen los expositores de derecho comercial y de comercio bancario sobre la institución del cheque, como Lyon-Caen y Renault, Tratado de Derecho Comercial, IV edición, París, 1925, tomo IV; Thaller, Tratado elemental de Derecho Comercial, 8ª edición revisada y puesta al día por J. Percerou, París, 1931, tomo II; Lacoour y Bouteron, Nociones de Derecho Comercial, 3ª edición, París, 1925, tomo II; Joseph Hamel, Bancos y operaciones de Banco, tomo I, París, 1933; Staub, Comentarios al Código de Comercio Alemán de 1897, edición de 1926; Vivante, Milán, 1926, tomo III, y las referencias que estos autores hacen a revistas inglesas y norteamericanas especializadas en cuestiones de banca, las diferencias muy profundas que separan a las distintas legislaciones en materia de letras de cambio, casi desaparecen al reglamentar la institución del cheque porque el fin económico de este último efecto de comercio las ha aproximado y conducido a resultados prácticos idénticos. Y las tres grandes tendencias legislativas que pueden distinguirse, la del derecho francés, la del derecho inglés y la del derecho alemán, ante las cuales el cheque es, o un mandato, o una orden de pago, coinciden en la necesidad del pago inmediato de éste, en ser un efecto a la vista, en que debe ser presentado para el pago en un término muy corto a partir de su creación, en estar fiscalmente favorecido, y en la necesidad de revestir ciertas condiciones de forma que lo hagan regular en su apariencia externa.

Introducido en Colombia el sistema anglo-americano sobre cheques por el sistema legislativo de recepción directa, este efecto de comercio dejó de ser la orden de pago escrita que estatuía la ley 75 de 1916 para sustituírse por el de una letra de cambio girada sobre un Banco y pagadera a su presentación (art. 321 de la ley norteamericana de 1897); y además de caracterizarse por las mismas aludidas circunstancias que aproximan todas las tendencias legislativas, se distingue por la necesidad de ser girado contra los bancos (arts. 186 y siguientes de la ley 46 de 1923).

Conforme a los autores ya citados, son varias y distintas las previsiones legislativas sobre responsabilidad por robo, pérdida o falsedad de cheques: desde la legislación argentina que reglamenta minuciosamente tal responsabilidad, que hace una distinción capital de dos especies de cheques, según que la firma del girador haya sido visiblemente falsificada o que la falsificación no haya podido descubrirse fácilmente, para hacer pesar en el primer caso la responsabilidad sobre el banquero que los haga y en el segundo sobre el girador; hasta la legislación alemana de 11 de marzo de 1908 que guarda silencio sobre los cheques falsificados.

La ley inglesa de 1882 hace en principio responsable al banquero que paga un cheque falso, por extensión para los cheques de la regla admitida para las letras de cambio según la sección 24 de dicha Ley o Acto: solución ésta que justifican los autores en materia de cheques por el hecho de que el banquero girado, debe obligatoriamente conocer la firma del girador.

El mismo principio radical de responsabilidad del girado por el pago del cheque falso consagran las legislaciones austriaca y húngara, que no permiten a éste evitar un segundo pago sino estableciendo la culpa del girador o de uno de sus empleados, y cuya mayor particularidad consiste en que esas legislaciones prohiben expresamente toda cláusula que dé por resultado disminuír la responsabilidad del banquero; según Vivante, obra citada, tomo III, números 1413 y siguientes, es ése el sistema admitido, a falta del texto expreso, por la jurisprudencia italiana.

Ante el silencio de la legislación francesa, la validez del pago de un cheque falso, perdido o robado, se resuelve por la jurisprudencia por una asimilación del cheque a la letra de cambio no aceptada, en la forma que en seguida se transcribe, según Lacour y Bouteron, obra citada, número 1457 y siguientes, tomo II:

"La ley contiene pocas indicaciones sobre el pago del cheque. Se admite generalmente que fuéra de las disposiciones de derecho común concernientes a la validez del pago

(arts. 1239 y 1240 del C. C.), conviene aplicar al pago de cheques negociables (a la orden o al portador), el principio establecido por el art. 145 del código de comercio, al tenor del cual aquel que paga una letra de cambio a su vencimiento y sin oposición se presume válidamente liberado. Pero esta presunción de liberación no beneficia al girado sino en el caso de que él no haya procedido de mala fe y no haya incurrido en culpas graves. Cualquier culpa en las obligaciones que le incumben constituirá una culpa de esa naturaleza e impedirá su liberación. De manera que es necesario, para determinar las circunstancias susceptibles de entrañar la responsabilidad del girado, examinar las obligaciones que lo vinculan. El primer cuidado del girado debe ser verificar la firma del girador, de la cual posee un facsímile desde la apertura de la cuenta; es una precaución elemental; cualesquiera que sean las hipótesis que se puedan contemplar, en derecho el girador no puede aparecer obligado sino por su firma. El cheque no debe presentar, por otra parte, ninguna alteración, raspadura ni cambio que no haya sido objeto de aprobación autorizada por el girador".

Los mismos autores al contemplar adelante el caso de cheques falsos desde su origen, agregan:

"Una de las hojas de la chequera entregada por el banquero a uno de sus depositantes ha sido sustraída. El autor de la sustracción ha imitado la firma del depositante y ha podido así hacerse pagar el cheque por el girado. Tiene éste el derecho de inscribir el monto de esta suma en la cuenta de su cliente cuya firma ha sido imitada? En principio, nó; él no debió pagar sino sobre la orden de su cliente; a falta de esta orden él no ha podido liberarse válidamente. Le incumbía verificar la firma que llevaba el título.

"Sin embargo, importa averiguar si aquel hecho no es imputable a culpa del depositante. Es cierto que éste, por el contrato que lo vincula con su banquero, está obligado a vigilar la conservación de su libreta y a prevenir al banquero en el caso de que una de las hojas le sea sustraída. Si se prueba que ha faltado a esta doble obligación, es justo que recaigan sobre él las consecuencias de la culpa que su negligencia ha facilitado (en este sentido, Trib. Com. Sena, 7 de junio de 1884, y 17 de marzo de 1910; París, 7 de enero de 1919)".

La síntesis más completa de las soluciones de los Tribunales franceses sobre validez o invalidez de los pagos de cheques falsos, es la que hace Joseph Hamel en su obra ya citada, números 649 y siguientes, a saber:

"Los Tribunales se esfuerzan siempre en descubrir una culpa a cargo de una de las personas que litigan; la pérdida resultante del mal pago es de cargo de la persona en culpa. Sucede frecuentemente que los fallos destacan una culpa a cargo del banquero girado por haber pagado el cheque sin tomar las precauciones indispensables.

"Tál es el caso del banquero que ha pagado un cheque en que aparecía una firma del girador absolutamente diferente del autógrafo depositado en el banco; del que ha pagado un cheque sin preocuparse de las raspaduras y alteraciones que revelaba; del que no ha verificado antes del pago si era regular la serie de endosos; del que ha pagado a manos de un adolescente un cheque emitido en condiciones que debieron parecer extraordinarias, dada la costumbre del girador...

"Por el contrario, el banquero ha sido considerado exento de culpa y su pago al tenor del cheque no lo ha hecho incurrir en ninguna responsabilidad para con el girador o para con el portador regular... Si el banquero ha hecho confianza a una firma del girador perfectamente bien imitada. (Advierte el autor, en nota, que según sentencia de la Corte, París, 18 de febrero de 1932, se estimó que el banquero no ha cometido ninguna falta pagando un cheque cuyas barras habían sido lavadas en condiciones que impedían descubrir el fraude). Algunas sentencias han subrayado que la responsabilidad de los banqueros debe ser apreciada teniendo en cuenta la rapidez necesaria de las operaciones de pago, rapidez que excluye una verificación detenida; y que conviene no olvidar que el empleado de banco no es un experto en escrituras y en el descubrimiento de falsificaciones y que debe contentarse con una regularidad aparente en la firma y el contexto del cheque.

"En otros casos los Tribunales estiman que la culpa incumbe al girador del cheque: por ejemplo, cuando ha adquirido la costumbre de permitir a sus empleados firmar cheques en su lugar y uno de éstos abusa cualquier día de esta licencia; cuando, al partir de vacaciones, dejó su libreta de cheques en un cajón no cerrado y alguien se apoderó de uno de los cheques y lo puso en circulación con una firma falsa".

Cita el autor una sentencia de París, de fecha 30 de octubre de 1931, en que la Corte reconoce la responsabilidad del girador por

el solo hecho de no haber puesto su libreta de cheques en seguridad.

Los expositores de derecho, creadores de doctrina, censuran esa jurisprudencia por cuanto en su esfuerzo de indagar la culpa en que haya incurrido una de las partes en litigio, se incluyen como tál, como hechos culposos, los que son irreprensibles; tál es el caso de que injustamente se reproche al girador no haber enviado por correo recomendado una carta que contenga el cheque. Y entonces se ha propuesto la solución o sistema preconizado por expositores tan reputados como Thaller y Percerou, obra citada, tomo II, Nº 1655; Lyon Caen y Renault, ib., tomo IV, Nos. 588 y siguientes; Lecour y Bouteron, ib., tomo II, Nº 1457 bis; Bouisson, La función económica del cheque, págs. 129 y 130.

Según estos autores, cuya doctrina sintetiza la obra de Hamel en el número 651, puede describirse así:

"Conviene entonces admitir en principio la responsabilidad del banquero que ha pagado el cheque. Es imposible, en efecto, hacer pesar una responsabilidad sobre el propietario de la libreta a la cual un cheque ha sido desprendido, o sobre el titular de una cuenta de banco cuyo nombre y firma han sido usados por un falsificador de cheques. Ninguna responsabilidad sabría encontrar su base en el hecho de que una persona sea la dueña de una libreta de cheques o titular de una cuenta de banco. Es entonces el banquero pagador el que debe soportar el peso del pago indebido; el pago no es liberatorio para él y no puede debitar la cuenta del cliente por el monto que ha pagado. El pago de un cheque falso es el riesgo normal del comercio de banco.

"No obstante, es de otra manera cuando el banquero puede establecer que el cliente cuya firma ha sido falsificada ha cometido una culpa o una imprudencia; tál es el caso del cliente que deja sin control su carnet de cheques o que permite a sus empleados girarlos en su lugar imitando su firma. Pero conviene que la prueba de una culpa semejante sea dada por el mismo banquero".

Como se advierte de las anteriores trascripciones, la doctrina francesa ha evolucionado al estudiar el problema de las condiciones en que puede estimarse válidamente hecho el pago de un cheque falso, desde la presunción de validez del pago a través de los principios de la responsabilidad por culpa, hasta consagrar después de muchos años, la teoría del riesgo, que hace en principio responsable al banquero por el pago de un cheque falso, pero que no excluye el que éste pueda demostrar, mediante prueba que precisamente ha de dar él, la comisión de una culpa o una imprudencia de parte del girador, caso en el cual se exime de responsabilidad y se estima que el pago lo ha liberado válidamente.

El sistema anterior llega a las conclusiones enunciadas en el caso de que entre el depositante y el banco no medie algún contrato con motivo de la cuenta corriente en condiciones distintas a las que establece la ley. Pero como es general y uniforme la costumbre de que las relaciones entre las partes en cuanto a la ejecución de la cuenta corriente se regulen por un contrato previo en el cual se estipulan cláusulas de desplazamiento de riesgos y de exenciones o de limitaciones de responsabilidad, es preciso estudiar también las soluciones propuestas para tales casos por la doctrina y por la jurisprudencia, lo cual se hará previas las referencias indispensables a la teoría del riesgo.

Tradicionalmente se ha considerado que la culpa es el fundamento de la responsabilidad civil de derecho común. El art. 2341 del C. C., correspondiente al 1282 del francés, establece la regla de conducta de no inferir daño a otro, pero subordina la responsabilidad y la obligación de reparar el daño a la existencia de una culpa, y no solamente el acto voluntario, aunque causado sin intención de dañar, sino también de acuerdo con el art. 2356, a todo hecho de malicia, negligencia o imprudencia. Es lo que se ha llamado la responsabilidad subjetiva. También se ha visto en otros preceptos una responsabilidad que reposa en presunciones de culpa, como el art. 2347 y otros del C. C.

"La ineptitud de la doctrina de la responsabilidad subjetiva, dicen Planiol y Ripert, tomo VI, París, 1930, Nº 478, aún con las presunciones de culpa ya indicadas, para asegurar la indemnización de las víctimas en ciertos casos en que esa indemnización ha parecido necesaria, condujo a ciertos autores a oponerle una doctrina en que la culpa no es necesaria para la existencia de la responsabilidad. Se la ha llamado responsabilidad objetiva. Bajo su forma más simple ella consiste en eliminar la idea de culpa en la responsabilidad para admitir que todo riesgo creado debe dejarse a cargo de la actividad que ha creado el riesgo".

Tal doctrina prevaleció, según la opinión uniforme de todos los autores con motivo del desarrollo económico e industrial de los últimos tiempos. "El desarrollo del empleo de máquinas en la industria aumentó considerablemente el número de los accidentes en

perjuicio de los obreros. Frecuentemente la causa permanecía desconocida. Aunque ella residiera en un vicio de la máquina, su existencia no podía achacarse al que, ignorando el vicio había adquirido la máquina y hécholа funcionar en condiciones normales. Se dice entonces que el accidente es anónimo.

"El espectáculo de víctimas privadas de recursos conmovió la opinión pública, y ciertos juristas, sin querer esperar una reforma legislativa, demorada en llegar, propusieron a la jurisprudencia diversas interpretaciones nuevas, pero que tenían de común el descargar a la víctima de la obligación de probar la culpa que le incumbía... Toda actividad, se ha dicho (Saleilles, Accidentes de trabajo), entraña riesgos para los terceros al mismo tiempo que para el que obra. Es justo que él soporte las consecuencias, reparando los daños causados por su acción, aunque ninguna culpa pueda reprochársele. El ha creado riesgos en su provecho, con el fin de realizar beneficios o de procurarse una satisfacción. Teniendo para ello el provecho eventual, las oportunidades, también debe tener el cargo de lo desfavorable: ubi emolumentum, ibi onus. Bastará, pues, para asumir una responsabilidad que haya una relación de causalidad entre la actividad de aquél y el perjuicio sufrido por la víctima.

"El riesgo creado es, pues, el fundamento de la responsabilidad. En materia de industrias se le llama riesgo profesional. Se ha agregado que el empresario puede y debe hacer entrar esta carga en los gastos generales de su empresa. Pero no se ha limitado a esto la aplicación de la teoría, y se ha querido extender la idea a toda forma de actividad..." (Obra citada, Nº 478).

Por su parte, el profesor Ripert, en su obra sobre La Regla Moral en las obligaciones civiles, edición de 1935, en el capítulo relativo al deber de no perjudicar a otro y la responsabilidad civil, comentando la evolución de las ideas en esta materia, dice:

"Es preciso creer que en la elaboración de esta nueva teoría los espíritus han sido guiados por las más altas consideraciones morales. La repetición de un mismo género de daños causados por una misma categoría de personas o una misma categoría de víctimas, demuestra la existencia de una desigualdad resultante de la vida social y crea una nerviosidad mayor que no permite concebir el daño como fatal. Estas ideas debían conducir los espíritus a no contentarse con los viejos principios de la Ley Aquilia. La fórmula que resume la teoría del riesgo, despojada de todas las restricciones de orden técnico que se le pueden dar, es esta: Todo daño debe atribuírse a su autor y ser reparado por el que lo ha causado, porque todo problema de responsabilidad civil se refiere a un problema de causalidad; o aún: Todo hecho cualquiera del hombre obliga al que ha causado un daño a otro, a repararlo".

Este movimiento doctrinario, si bien dio lugar a una abundante y fervorosa literatura jurídica y aún a consagraciones legislativas en materia de accidentes de trabajo y de navegación aérea, no fue unánimemente aceptada. Según la obra del mencionado profesor Ripert, "los autores de tratados clásicos, Planiol, Colin y Capitant, no consintieron jamás en abandonar la idea tradicional. Otros que habían sido considerados como promotores de la nueva teoría afirmaron después haber sido mal comprendidos. Demogue, en su reciente Tratado de las Obligaciones; Emazeaud, Lalou, en su Tratado sobre la responsabilidad civil; Esmein, Cauveau, la han combatido, han rehusado acoger la teoría del riesgo. En fin, la jurisprudencia no ha cesado de fundar la responsabilidad sobre la culpa..."

Pero el referido movimiento doctrinal no quedó sin efecto porque la legislación sobre accidentes de trabajo de 9 de abril de 1898, la ley de 31 de mayo de 1924 sobre reparación de daños causados por las aeronaves, fundan la responsabilidad en el riesgo profesional. Y la misma jurisprudencia recibió sus efectos, bien que ella preferentemente ha visto el fundamento de las soluciones nuevas en textos del código civil que consagran simples presunciones de culpa; y llegó a los mismos resultados prácticos de la teoría del riesgo beneficiando a la víctima mediante la inversión de la carga de la prueba.

Pero aún colocándose los autores dentro de la idea o teoría del riesgo profesional o riesgo creado, aunque no la patrocinen, como no la patrocina el profesor Ripert, exponen así, como en seguida se trascribe, los efectos de las cláusulas de exoneración de la responsabilidad:

"Si la cláusula tiene por objeto permitir la responsabilidad en la acción nociva, debe considerarse como de nulidad absoluta. La jurisprudencia declara nulas las cláusulas de exoneración del dolo o de la culpa grave equivalente al dolo. Pero ella permite, o parece permitir, pues está lejos de ser clara, la exoneración de las faltas ligeras.

"Debe tratarse la cuestión de otra manera. Se puede de antemano regular la extensión de los deberes para con otro? Si estos deberes dependen de relaciones contractuales, es perfectamente lícito que las partes determinen por un contrato la extensión de

sus obligaciones respectivas. La responsabilidad contractual dependerá, pues, del contenido de la obligación. Es posible que el legislador prohiba en ciertos casos las cláusulas que exoneran al deudor de toda responsabilidad, pero es entonces porque se estima que no hay contrato celebrado libremente o que el interés económico general exige la garantía completa del deudor; ejemplo, en el contrato de transportes terrestres... o en el contrato de transporte por aire.

"Si los deberes del hombre no dependen de un contrato, es más difícil comprender cómo por anticipado puede exonerarse de su observación. Hay que ver que por la cláusula la víctima se designa a sí misma y se ofrece a cualquier suerte o golpe que la hiera. Si ella encuentra una ventaja particular y si acepta voluntariamente el riesgo, por qué la moral se opondría a una parecida convención? La anulación de la cláusula no se pronunciará sino cuando ella confiera la irresponsabilidad aún por dolo o por culpa grave, y aquí sin ninguna distinción entre la responsabilidad contractual y la delictual, porque no es posible adquirir por anticipado el derecho al mal obrar mediante un sacrificio pecuniario. Pero esta aceptación de riesgos debe acogerse con prudencia, pues la ley civil debe proteger al hombre contra sus propias imprevisiones y sobre todo contra la sorpresa de su consentimiento".

Lacour y Bouteron, en su obra ya citada, se expresan así:

"Los banqueros han buscado asegurarse una garantía suplementaria, aún a falta de culpa del girador, por una cláusula de no responsabilidad cuyo texto es, por lo general, el siguiente: El banco no es responsable del perjuicio que pueda resultar de la pérdida o de la sustracción de los cheques, si él no ha sido prevenido a tiempo para impedir el pago. Cuál es el efecto de esta cláusula? Desde luego tiene una utilidad real para el banquero en cuanto por esa cláusula se verifica un desplazamiento de riesgos. Para escapar a la responsabilidad, el banquero no está obligado a probar que ha habido una culpa de su cliente; solamente el caso fortuito es a cargo de éste. Pero si el cliente prueba que el pago irregular no habría podido verificarse sin una negligencia del banquero, no puede éste escapar al daño. La afirmativa es cierta en el caso de que el banquero ha cometido una culpa grave: pues un deudor no puede, por convención ninguna, exonerarse de su culpa grave, ni de su dolo. Pero se admite generalmente que no bastaría al cliente demostrar la existencia de una culpa ligera a cargo del banquero, y que la cláusula de exoneración es válida en lo que concierne a esta especie de culpas. La distinción entre la culpa grave y la culpa ligera presenta, pues, en esta materia un interés capital".

Es verdad que el código civil colombiano se inspira también en el principio tradicional de que la culpa es el fundamento de la responsabilidad civil y que él contiene la organización técnica de esa responsabilidad. Posiblemente algunas leyes posteriores especiales, como la de accidentes de trabajo, consagren la de riesgo, o de responsabilidad objetiva; y posiblemente también pueda verse en algunas disposiciones del código casos aislados, como el art. 2354 en ese mismo sentido de responsabilidad objetiva (V. Josserand, tomo II, N° 523, pág. 233), aunque sea discutible si apenas se trata de simples presunciones de culpa. Como no es oportuno aquí, la Corte se abstiene de opinar.

En todo caso, los principios generales de la legislación civil no son los que inspiran la ley de instrumentos negociables. Apenas será necesario recordar el origen anglo-americano de esta ley y el modo de recepción global como fue adoptada. El hecho es que el art. 191 de dicha ley 46 de 1923 por su contexto consagra el sistema del riesgo creado: es decir, el aludido principio de que la responsabilidad por el pago de un cheque falso es el riesgo normal del comercio de banco. "Todo banco será responsable a un depositante por el pago que aquél haga de un cheque falso o cuya cantidad se haya aumentado". Pero, según se ha visto, el sistema legal del riesgo creado no impide que el banco pueda exonerarse de responsabilidad demostrando una culpa, malicia, negligencia o imprudencia de parte del girador o de sus empleados. Sólo que la carga de la prueba de esas circunstancias corresponde darla al Banco.

El recurrente, si bien no ha visto en este artículo la consagración del sistema del riesgo de empresa, sí desarrolla su pensamiento de acusación por este aspecto de que el fallador, que también, lo mismo que el recurrente, ve en la sanción de la responsabilidad la correspondencia de una culpa, no tuvo en cuenta la conducta del girador y las pruebas que obran en el expediente para descargar al Banco de la responsabilidad establecida en ese precepto. Dice el recurrente: "Luego la única conclusión jurídica que puede deducirse del proceso es la de que, en el supuesto que no admito, de que estuviera plenamente demostrada la falsedad de los cheques materia de la demanda, toda la responsabilidad corresponde al demandante, y

en consecuencia el banco tiene que ser absuelto. Que es también la única conclusión de equidad a que se llega, ya que el delito, si lo hubo, fue cometido en la propia casa del demandante, en las chequeras confiadas a su custodia, y por su empleado de absoluta confianza, según lo declara sin reticencias el hecho quinto de la demanda. En esas circunstancias, cómo podría pretenderse que, aún sin las estipulaciones alegadas, fuera el banco a sufrir las consecuencias?

En síntesis, la teoría del riesgo creado no excluye la responsabilidad de la víctima proveniente de cierto grado de culpa de ésta, alegada y demostrada por la otra parte, y las cláusulas de exención de responsabilidad sólo son ineficaces cuando tiendan a eximir de responsabilidad al autor de dolo o de culpa grave cuando se trata de daños al patrimonio.

Si aparece de autos, como es verdad, que los cheques fueron presentados para el pago con una apariencia regular en su forma exterior (arts. 55 y 90 de la ley 46 de 1923); que esos cheques fueron presentados en el trascurso de más de diez meses, periódicamente y alternándolos con otros no tachados de falsos y de la misma apariencia; si en el caso de ser falsificados la falsedad sería debida e imputable, según el mismo demandante girador de los cheques, a un empleado suyo, de su absoluta confianza, reconocido como tál, tenedor de sus libros de comercio, consultor de sus negocios, que tuvo acceso, por eso mismo, a las chequeras; si el pequeño monto o volumen de su cuenta corriente que debió y pudo verificar con frecuencia, no le pareció afectado por cheque no autorizados por él en ese largo espacio, como pudo y debió advertirlo; no se echa de ver que el Banco, al pagar esos cheques haya incurrido en dolo o en culpa grave, de las cuales no lo eximirían las cláusulas de irresponsabilidad; y así aparece, por el contrario, que el girador usó de una conducta descuidada y negligente, cuando no de responsabilidad por la culpa de su empleado de confianza.

En estas condiciones hay que concluír que el Tribunal dejó de interpretar correctamente y en su caso de aplicar los arts. 191 de la ley 46 de 1923, 1522, 1602, 1604 y 2341 del C. C., citados por el recurrente.

En virtud de lo dicho debe casarse la sentencia acusada. No se requiere mayor estudio para la de instancia. Siendo el fallo absolutorio, no hay lugar a analizar las defensas del demandado.

Por lo cual la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justisia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa la sentencia de fecha diecisiete de julio de mil novecientos treinta y cinco dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali y en su lugar absuelve al demandado.

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.

DEMANDA SOBRE PAGO DE UNA SUMA DE PESOS.—EXCEPCION DE SIMULACION DE CONTRATO.—CONFESION PRESUNTA

No habiéndose demostrado que la escritura base de la acción comprobara un contrato de mutuo, en virtud de la confesión ficta del padre de la actora, el demandado no está en mora de pagar lo demandado. Concepto es éste distinto al de carencia de causa que halló el Tribunal en el supuesto contrato de mutuo, y aunque el resultado del pleito en definitiva sea igual, ocurre corregir el concepto del sentenciador, pues carecer de causa una obligación es un fenómeno distinto, en sí mismo y en sus efectos, de que la causa verdadera no sea la causa aparente. Una cosa es la falta de causa y otra la existencia de una causa diferente de la declarada en el contrato.

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

(Magistrado ponente, Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

La señora María Amparo Petronila Forero de Velasco ha seguido juicio ordinario por pesos contra el señor Angel María Avila en primera instancia en el Juzgado 1º del Circuito de Tunja y, en la segunda, en el Tribunal de allí, contra cuyo fallo recurrió la demandante en casación, recurso que va a decidirse.

Antecedentes

1º Por escritura Nº 40, otorgada en la Notaría 1ª de Chiquinquirá el 4 de febrero de 1917, vendieron Juan José, Eva y Concepción Rodríguez Russi sus derechos como herederos de sus padres en los terrenos denominados "Llano del Arbol" y "Llano del Aro" al señor Norberto Hernández, por precio de que éste quedó adeudándoles mil pesos, en cuya garantía les hipotecó esos mismos bienes.

2º El 15 de junio de ese año (1917) se otorgaron en la Notaría de Leiva estas dos escrituras: Nº 153, por la cual Norberto vende todo aquello a Adán Hernández y Angel María Avila, y Nº 154, por la cual Avila declara haber recibido de Adán Hernández $ 803.50 en mutuo con plazo de once meses e interés al 2 por 100 mensual, en plazo y mora y le hipoteca lo mismo que junto con él acaba de adquirir por la precedente escritura de ese día (la Nº 153).

3º En la causa mortuoria de Adán Hernández, protocolada en la Notaría 2ª de Tunja el 1º de mayo de 1933 por instrumento Nº 143, ese crédito, que con sus intereses hasta el día del inventario (5 de abril de 1930) se había relacionado y avaluado en $ 3,262.93, se adjudicó por esta suma, a la actual demandante, a quien él legó este bien e instituyó heredera y reconoció como su hija natural en el testamento bajo el cual se siguió su dicha causa mortuoria.

4º Para agosto de 1917 pidió Avila que Adán Hernández absolviera posiciones, en las que éste fue declarado confeso por providencia del Juzgado 2º del Circuito de Moniquirá confirmada por el Tribunal de Tunja el 15 de febrero de 1918. El cuadro de posiciones se transcribirá adelante en lo pertinente, en atención a su trascendencia.

5º El crédito hipotecario citado en favor de los Rodríguez Russi pasó, por cesión de ellos, al señor Vicente Malagón, quien por escritura Nº 342 de 26 de agosto de 1920 lo declara cancelado a virtud de pago hecho por Adán Hernández y Angel María Avila.

6º Con copia registrada de la citada escritura Nº 154 y de lo pertinente de la referida causa mortuoria, la actual demandante formuló el libelo inicial de este juicio en que pide se condene a Avila a pagarle los dichos $ 3,262.50 con sus intereses convencionales o los legales desde la notificación de la demanda hasta el pago y las costas del juicio, y se declare que están afectos al pago todos los bienes del deudor, en especial los hipotecados.

7º Notificada la demanda, la contestó Avila el 30 de agosto de 1933, oponiéndose a sus peticiones y aduciendo estas excepciones sobre conceptos suyos que en seguida se resumen, a saber: nulidad de la hipoteca, por recaer sobre derechos herenciales y no sobre bienes raíces determinados; simulación de contrato, por no haber habido el mutuo declarado en la escritusa Nº 154, ni haber él recibido nada de Hernández, y la de pago, por cuanto Avila cubrió su cuota en el citado crédito de los Rodríguez Russi, que fue asumida por Adán, a quien, por esta razón y como garantía de esa cuota de Avi-

la, fue como éste otorgó la dicha escritura N° 154.

8° El Juzgado falló el 6 de agosto de 1934 acogiendo la excepción de simulación y absolviendo al demandado de todos los cargos de la demanda.

9° El Tribunal, el 10 de julio de 1935, confirmó esa absolución, por motivo distinto, cual fue el de hallar probada la excepción de nulidad absoluta por falta de causa.

10° Negado por el Tribunal el recurso de casación interpuesto por la demandante y concedido por la Corte al decidir el de hecho a que aquélla acudió, vino el proceso a esta superioridad, en donde se repartió el 7 de marzo del presente año y se ha surtido la tramitación legal.

Sentencia recurrida

El Tribunal, no sin estudiar las múltiples alegaciones y probanzas de las partes, halla como determinante de la absolución del reo la falta de causa y consiguiente nulidad, y para ello razona en suma de esta manera: está demostrado, y para conceptuar así bastaría la confesión de Hernández, que la causa de la obligación que aparece asumiendo a su favor el actual demandado en la citada escritura N° 154 de 1917 no es el mutuo de que allí se habla, sino el pago total que Hernández haría de la obligación que originariamente en favor de los Rodríguez Russi gravó los mismos bienes que éstos vendieron a Norberto Hernández, a quien se los compraron Adán Hernández y Avila conjuntamente, asumiendo ambos esa carga. Y como está demostrado también que Adán Hernández no pagó, faltó la causa a la obligación que con este preciso fin y no la de mutuo, sólo aparente, contrajo Avila y cuyo cumplimiento aquí se le exige. De donde, sin causa, la obligación no puede existir. Este es, en suma, el eje y meollo de la sentencia recurrida.

Motivos de casación

Aduce el recurrente el 1° y el 2° de los establecidos por el art. 520 del C. J. Y en lo tocante al primero formula el cargo de violación de disposiciones sustantivas y de error de apreciación de pruebas sin que el uno ni el otro queden en su alegato expuestos con la precisión deseable, y hasta exigida por disposición legal: el C. J. en su art. 531 manda que el recurrente, no sólo exprese la causal, sino que indique "en forma clara y precisa los fundamentos de ella".

Con todo, concedido y admitido el recurso y presentada en tiempo la demanda de casación, la Corte pasa a estudiarlo. Sigue para ello el orden de exposición del recurrente:

I. **Error de derecho.**—Bajo este epígrafe razona el recurrente diciendo que la simulación engendra nulidad absoluta, la que no puede alegarse por quien contrató a sabiendas del vicio, y que, por otra parte, la nulidad y rescisión que extinguen las obligaciones versan sobre contratos legalmente celebrados, no sobre los simulados; de manera que al hablar de ellas el art. 1625 no se refiere a las del 1602, ambos del C. C. De ahí deduce violación de estas disposiciones, así como de los arts. 1524, 1740 y 1741 del mismo Código y el 15 de la ley 95 de 1890.

II. **Error de hecho.**—Bajo este epígrafe formula el recurrente el cargo de violación de la ley sustantiva por apreciación errónea o falta de apreciación de la prueba consistente en la declaración de confeso. Aquí reclama el recurrente, contra el hecho de haberse dado preferencia al dicho del grupo de testigos que concurren a confirmar los detalles de esa declaración de confeso sobre los que se trajeron por el demandante a este juicio en la aspiración de infirmarla, y reclama asimismo sobre apreciación de las citadas escrituras públicas, en cuanto, al ser de Adán Hernández y de Avila la deuda en favor originariamente de los Rodríguez Russi, después de su cesionario Malagón, y ser ella por mil pesos, se yerra al aceptar como cuota la mitad, no los $ 500 que a esta cifra corresponderían, sino los $ 803.50 de que habla la citada escritura de obligación de Avila.

La causal segunda, o sea, la de no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones de las partes, la hace consistir el recurrente en que, no habiendo opuesto Avila la excepción que el Tribunal declara en su favor, sino sólo las de pago, simulación del mutuo y nulidad de la hipoteca, violó el art. 472 del C. J.

Después de exponer el recurrente el recurso en la forma resumida aquí, formula otro capítulo bajo el epígrafe "fundamento legal", en el que dice cómo los arts. del C. C. que considera violados son: el 1524, que exige causa real y lícita para que haya obligación; el 1602, según el cual el contrato legalmente celebrado no puede invalidarse sino por consentimiento de las partes o por causas legales; el 1625, en cuanto establece

que las obligaciones se extinguen por la declaración de nulidad o por la rescisión; el 1740, ante el cual es nulo el contrato a que falta uno o más de los requisitos prescritos por la ley para su valor según su especie o calidad, o el estado de las partes, y que ella puede ser absoluta o relativa, y el 1741, que dice cuál es la absoluta, y el 15 de la citada ley 95, que priva de alegación de nulidad absoluta a quien celebró el contrto nulo sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba.

Acusa también de violación de los arts. 672 y 343 del C. J.

Y manifiesta que principalmente halla violado dicho art. 15, en cuanto contra su expresa prohibición viene el Tribunal a acoger la excepción de nulidad del contrato invocado por Avila, contratante

---

Se observa:

El Tribunal da todo el alcance de plena prueba a la confesión ficta de Adán Hernández bajo la cual quedó por declaración del Juzgado confirmada por el Superior en 1918, por no haber concurrido a absolver las posiciones que le pidió Avila extra juicio en agosto anterior (1917). Avila acompañó lo pertinente de esa actuación, inclusive el cuadro de posiciones, en la copia de folios 10 a 16 del cuaderno 1º, a la respuesta que dio a la demanda, y más tarde en el término probatorio de la primera instancia repitió y complementó esa copia, como se ve en el cuaderno 7º, folios 12 a 26.

Allí se lee que el interrogatorio se formuló sobre estos puntos: 1º Si se otorgó la escritura de obligación en referencia el 15 de junio de 1917 en la Notaría de Leiva, por la cual se declara Avila deudor de Hernández por principal de $ 803.50, en mutuo con interés al 2 por 100 mensual en mora y plazo, que fue de once meses. 2º Si es verdad que Hernández no le entregó esa suma en mutuo ni a ningún otro título que entre los dos no se ha celebrado tal contrato. 3º Si es verdad que entre los dos compraron a Norberto Hernández los derechos en "Llano del Arbol" y "Llano del Aro" que había adquirido de los Rodríguez. 4º Si es verdad que Norberto había hipotecado a favor de éstos los mismos inmuebles para asegurarles mil pesos del precio.

Es de anotarse de paso que las escrituras públicas a que se refieren estas preguntas y de que se habló en esta sentencia al relatar los antecedentes obran en el proceso, así como obra de la cancelación hecha por el cesionario Malagón de la deuda e hipoteca para con sus cedentes los Rodríguez, de que también se ha hablado. Reanudando el relato sobre el cuadro de posiciones, se transcriben los puntos restantes, que son de este tenor:

"V. Es verdad que los ochocientos tres pesos, cincuenta centavos oro que figuran en la escritura que Angel María Avila otorgó a favor de usted tiene por objeto el que usted pague a los señores Juan José, Eva y Concepción Rodríguez el valor del crédito hipotecario que existe a favor de dichos señores?

"VI. Es verdad que la mencionada obligación la contrajo usted en presencia de los señores Alfredo Carrasco, Arsenio Castro, José Montaña, Antonio y Pablo Alejandro Rodríguez?

"VII. Es verdad que usted no ha pagado a los mentados señores Rodríguez ni a Angel María Avila la indicada cantidad de ochocientos tres pesos, cincuenta centavos oro y por consiguientes la debe?"

Hallándose Hernández, hoy su sucesor demandante, bajo el peso de esa confesión presunta, se esforzó por desvirtuarla en el presente juicio como autoriza a hacerlo en su inciso 2º el art. 606 del C. J. Al efecto trajo testigos que declaran haber estado el Juzgado respectivo cerrado el día y hora en que debía comparecer a absolverlas y en que efectivamente acudió con este objeto, y además insiste ahora en lo que desde entonces objetó sobre no habérsele pedido las posiciones en el lugar correspondiente a su domicilio.

Este argumento, que fue lo exclusivamente alegado entonces para ver de evitar esa declaratoria en el Juzgado y su confirmación en el Tribunal, ambos se lo desecharon, fundados, con razón, en que para junio trasanterior (las posiciones se pidieron en agosto de 1917 y el 15 de junio de ese año se otorgó la escritura de obligación, así como la de compra a Norberto Hernández), Adán mismo se declaraba vecino de Gachantivá como no se ha negado que efectivamente entonces lo fuese, y que, por más que demostraba negociar y vivir en Leiva en agosto, no se había apartado de aquel municipio, en donde se hallaba para citarlo el 10 de septiembre, a que se agrega ahora que allí se hallaba también el 13 de este mes, fecha en que debía comparecer a absolver las posiciones y en que todos los testigos de su parte afirman haber comparecido. Si, pues, nada indicaba el cambio de domicilio demostrado en forma incuestionable para junio y

si, a más de no aducirse tal demostración, obraban elementos probatorios de subsistir aún en agosto los determinantes de ese domicilio en Gachantivá, no había motivo para que por la sola alegación de estar viviendo en agosto en Leiva se acogiera la tesis sobre falta de jurisdicción en el Juez 2º del Circuito de Moniquirá para abocar el conocimiento y comisionar al Municipal de aquél para esa diligencia.

Además, se trataba de jurisdicción prorrogable, y es de todo punto evidente que aunque a la verdad, como él lo pretendió entonces, hubiera habido el defecto de jurisdicción por él invocado, ese defecto habría desaparecido con su asentimiento testificado por el mismo hecho de su comparecencia a absolver las posiciones en Gachantivá, hecho éste plenamente establecido por esa misma parte litigante con número plural de testigos, a cuyo dicho, en cuanto a ese detalle, no se opone el de los testigos de la contraparte, sino antes bien concurre, siendo así que lo que éstos declaran al respecto no es que no estuviera en el pueblo, sino que no concurrió al Juzgado. Repítese que la parte demandante misma es la que se ha encargado de comprobar el propósito de Hernández de absolverlas y el hecho de haber ocurrido a ese Juzgado el día señalado, y con ese preciso objeto.

El detalle de haberlo encontrado cerrado y no haberlas absuelto por este preciso motivo y sólo por él, que es su argumento cardinal ahora, no lo pudo comprobar. Aduce declaraciones de testigos que su contraparte ha tachado; pero aun estimando las declaraciones tachadas, se tiene que en sentido opuesto hay varios testigos, algunos de ellos tachados, a su turno; pero otros libres de reparo, y entre éstos están las personas de quienes para aquella época eran el Juez y el Secretario de dicho Juzgado Municipal, cuyas declaraciones se hallan respectivamente a los folios 8 y 31 del cuaderno 7º

El Tribunal, al dar por probado que sí estaba abierto el Juzgado el día y hora en que Hernández debía haber comparecido a absolver las posiciones y que no compareció, no cometió, pues, error, menos manifiesto, en la apreciación de la prueba testimonial a que se viene aludiendo. No sobra recordar la potestad que otorga al Juzgador el art. 702 del C. J.

El recurrente formula el cargo de haber el Tribunal desoído las tachas. Como acaba de verse, el cargo, aunque fuese fundado en sí, no determinaría casación del fallo, siendo así que, aun descartadas las declaraciones de los testigos tachados, se llega a la misma conclusión del Tribunal, como acaba de verse.

Las tachas se resumen así: Adán Hernández, hijo de Cecilia Hernández y padre de Amparo Forero, sí concurrió, según ésta, a absolver dichas posiciones, y para comprobar que halló cerrado el juzgado aduce el testimonio de Luis Contreras y Marco Tulio Malagón, de quienes su contraparte dice ser hijos de Tránsito Malagón, hermana de Adán; y por su lado Avila, para comprobar que sí estaba abierto el Juzgado, aduce el testimonio de Miguel Forero y Vicente y Silvino Sanabria, hijos naturales de Avila, al decir de su contraparte.

Afortunadamente para decidir del presente recurso, no es necesario ni procedente analizar esos parentescos ilegítimos presentados en cantidad tal que parecieran amontonados adrede.

Sobre ser los Sanabrias hijos de Avila, hay un considerable número de testigos que declaran acerca de la vida marital llevada por él con Isabel Sanabria, madre de ellos, y sobre las relaciones de él con éstos y amonestaciones de los sucesivos Curas Párrocos, y obra también la escritura de 22 de marzo de 1918, en que Avila, reservándose el usufructo, enajena ciertos inmuebles a Vicente, Silvino, Juan Ramón, Dioselina, Ana Delina, Ernesto y Luis María Sanabria, hijos de dicha Isabel (cuaderno 6º, folios 11 a 16).

No hay comprobación tan categórica respecto de los hijos de la Malagón ni del referido parentesco de ésta con Hernández.

Mas, sea de todo ello lo que fuere, repítese que afortunadamente no atañe al fallo del presente recurso lo relativo a tales tachas, principalmente por el hecho, tan simple como decisivo, de que, aun descartados, repítese, los testimonios tachados, queda en pie el hecho de haber estado abierto el Juzgado el día y hora en que debió comparecer Adán Hernández al Juzgado Municipal de Gachantivá a absolver las posiciones que por ante el Juez del Circuito de Moniquirá le pidió en agosto de 1917 Angel María Avila. Y eso basta para reconocer que no se ha levantado en el presente juicio la plena prueba requerida por el art. 606 del C. J. para desvirtuar la confesión presunta surgida de no haberlas absuelto.

Quedando en pie esta confesión, obligadamente han de reputarse comprobados con ella, a la luz de los arts. 1769 del C. C. y 604 y siguientes del C. J. los hechos sobre los cuales versa el respectivo cuadro, entre los cuales están, como queda visto por el resumen y trascripción de éste, todos los que afirma el demandado Avila acerca de la ver-

dadera causa de la obligación que contrajo por la citada escritura número 154 y sobre la forma y razón de llegar a las declaraciones que aparecen en ella.

No es, pues, el caso de estudiar lo relativo a la confesión extrajudicial que aduce Avila, según la cual un número plural de testigos, entre ellos el Notario que autorizó aquel instrumento, cuyas declaraciones forman los folios 5 a 9 del cuaderno 3º, afirman que Hernández y Avila delante de ellos, y al otorgar la escritura 154, hablaron en forma que claramente establece como la causa de la obligación asumida por Avila la que éste ha sostenido aquí desde su contestación al libelo inicial.

La parte demandante, hoy recurrente, tachó los testigos a que acaba de aludirse que son (los distintos del Notario) Felipe Sierra y Soledad Rodríguez, de quienes afirma —y adujo testimonios con el fin de comprobarlo— que han sido sirvientes y arrendatarios de Avila y vivido en casa de él y sentirse para con él en pie de obediencia y sumisión. Pero, por lo dicho, innecesario es entrar en el estudio de estas otras tachas y de esa confesión misma, siendo así que, aun prescindiendo de ella, seguiría sin embargo en pie la presunta, anteriormente aquí aludida, con la que bastaría.

Así las cosas, no tiene para qué plantearse siquiera el problema que ocurriría, en relación con el art. 91 de la ley 153 de 1887.

Otra prueba que reputa el recurrente erróneamente apreciada, como atrás se dijo, son la escritura de la hipoteca a favor de los Rodríguez Russi y la de obligación de Avila para con Adán Hernández, en cuanto aquélla establece como valor de la deuda sólo mil pesos, cuya mitad de cargo de cada uno de los dos sería $ 500, y en cuanto la segunda establece como valor de la deuda de Avila $ 803.50. Esos instrumentos se hallan en el expediente así: aquél a folios 10, 11 y 12 del cuaderno 3º y éste a los folios 1, 2 y 3 del cuaderno principal.

Claro que $ 803.50 es cifra distinta de los $ 500, mitad de mil; pero esta mera discrepancia no puede justificar el cargo de error y menos el de error manifiesto necesario para la prosperidad de cargo de esta clase de casación. Además, entre Avila y Hernández hubo varios contratos, a más del de la sola compra conjunta de los inmuebles que habían sido de los Rodríguez Russi, de lo que hay datos en el proceso en algunas de sus pruebas, entre ellas las mismas escrituras públicas aquí relatadas; sencillamente se comprende cómo entre dos personas que han tenido y conservan negocios en común pueda una liquidación total, o parcial que sea, de cuentas en un momento dado arrojar a cargo de la una y a favor de la otra un saldo distinto de la cifra indicada por una de las partidas de uno solo de esos varios negocios. Hasta de modo, por decirlo así, caprichoso, pueden ellos pactar en un momento dado responsabilidades que el uno asume por el otro en cantidad que no tiene por qué coincidir precisamente con el valor de una operación determinada tomada aisladamente dentro del conjunto de sus negocios comunes.

Aunque lo dicho hasta para desechar el cargo en casación, no sobrará como razón tangencial advertir que no sólo el Notario dicho y el testigo no tachado como sirviente de Avila, que declararon con motivo de la confesión extrajudicial atrás aludida, sino hasta testigo traído por la parte demandante, coinciden en que la razón de la deuda de Avila fue el negocio de los terrenos que habían sido de los Rodríguez Russi. Este testigo es el señor Pablo Alejandro Rodríguez, de cuya declaración eso cabalmente se deduce, como puede verse al releería (cuaderno 3º, folios 25 a 27).

Llama la atención que siendo de quince meses, vencía al plazo para la deuda de los Rodríguez el 4 de mayo de 1918, y que el de la deuda de Avila fue de once meses, como fijado adrede en forma que venciera al mismo mayo. Coincidencia, al menos; pero, en todo caso, sugestión en pro de la versión sostenida por Avila sobre causa y manera de obligarse para con Hernández.

Lo hasta aquí dicho conduce a desechar el cargo de error de apreciación de pruebas.

Antes de pasar adelante en el análisis del recurso, conviene advertir, en obsequio de la claridad, que en el proceso está comprobado no haber pagado Hernández la cuota de Avila en el crédito de los Rodríguez Russi cedido por ellos a Vicente Malagón; y que el concepto del Tribunal de estar acreditados estos hechos no se ha atacado en el presente recurso, como no se objeta en él tampoco la apreciación de las pruebas respectivas.

Además, éstas consisten en la expresa declaración del cesionario hecha al cancelar en la citada escritura de 26 de agosto de 1920, en la que dice que a ello procede por haberle pagado los deudores Hernández y Avila. Así se lee en ese instrumento cuya copia notarial se halla en el cuaderno 2º (folios 2 y 3) y también en el cuaderno 3º (folios 10 a 12).

Malagón reiteró esa afirmación escriturariá al rendir declaración en el juicio como testigo el 19 de octubre de 1933 (cuaderno 3º, folio 21). No cabe, pues, dar por atenuada siquiera, prueba tan categórica porque él exprese en forma incierta lo que dice su carta de 5 de septiembre de ese año (1933) que original forma el folio 1º del cuaderno 2º, acerca de que sus apuntes indican que Hernández fue el pagador.

Comprobado debidamente que no hubo el mutuo atribuído en la escritura Nº 154 como causa a la obligación asumida allí por Avila en favor de Hernández, sino que la contraprestación de éste consistía en el compromiso asumido por él de pagar la deuda de los Rodríguez Russi en su totalidad, esto es, asumiendo los $ 808.50 determinados entre Hernández y Avila como cuota de éste en esa deuda, se tiene como consecuencia ineludible y sencillamente deducible que Avila no puede reputarse en mora para con Hernández, al tenor del art. 1609 del C. C. Más aún, se tiene también a la luz de ese artículo, que ya a Hernández no le es dado cumplir ni allanarse a cumplir lo de su cargo, porque el pago de la deuda de los Rodríguez Russi quedó hecho desde 1920 por ambos, en forma que Hernández dejó de atender a la referida cuota de Avila; de suerte que es un hecho consumado este incumplimiento.

La absolución de Avila se impone, por consiguiente, por obra de estos hechos y de esta sencilla consideración. Muy distinta es, como se ve, de la calificación de nulidad absoluta en el concepto de carencia de causa a que llegó el Tribunal para absolver. Ocurre, pues, corregir el concepto, aunque el resultado en definitiva sea igual.

Carecer de causa una obligación es un fenómeno distinto, en sí mismo y en sus efectos, de que la causa verdadera no sea la causa aparente.

Interesa advertir que el presente litigio es entre las mismas partes contratantes, ya que de un lado está Avila y del otro la adjudicataria en la sucesión de Hernández, título con el cual se presenta como demandante. (C. J., art. 474, inc. 2º).

Los terceros, amparados como están por los arts. 1761 a 1766 del C. C., no podrían ser obligados ni ver sus acciones enervadas porque se establezca en un caso dado que la obligación que les ha servido de base y guía no tiene causa o, si la tuvo, es distinta de la aparente. Bien pueden ellos optar por la nueva situación determinada en virtud de la demostración y aludida respecto de diferencia entre la causa verdadera y la aparente o de la falta de causa; pero, repítese, no pueden ser regidas sus obligaciones ni embotadas o desviadas sus acciones sin su aquiescencia por la comprobación de falta de causa o la revelación de una secreta u oculta que venga a establecerse contra lo declarado ostensiblemente por las partes contratantes en los documentos exhibidos a los terceros.

No hay, pues, lugar en el presente caso a las salvedades y estudio precedentes y obligados cuando de terceros se trata; ni hubo estorbo legal para que el Tribunal estudiara lo atañedero a la causa, hallara que la aparente es distinta de la efectiva y entrara a sentenciar en consonancia.

Pero sí lo hay y ante el Tribunal debió haberlo para no confundir dos fenómenos en sí mismos y en sus efectos como son la falta de causa y la existencia de una causa diferente de la declarada en el contrato. Reconociéndose que los supradichos hechos básicos están legalmente comprobados, se reconoce el acierto de tomarlos como punto de partida, y al deducirse de ellos la absolución del demandado, se halla la legalidad del fallo que la pronuncia, en cuanto la pronuncia; pero, se corrige lo que, apartándose de la lógica, se desvía para llegar a la conclusión errónea de que no hubo causa, en vez de llegar a que lo que falta es exigibilidad.

Hubo una simulación; se fingió un contrato y bajo él se ocultó otro. Tan diferentes son entre sí, que por ejemplo, es bilateral el verdadero y unilateral el aparante. Válido aquél, por lícito, al punto de que ningún inconveniente legal habría habido para declararlo directamente y de que hasta se dificulta explicar por qué se le disimuló, ocurre que él, consiguientemente, ha de regir las relaciones recíprocas de las partes contratantes, hoy litigantes, y que nació llevando consigo la condición resolutoria envuelta en los contratos de su clase según el art. 1546 del C. C.; y ocurre, además, que, inejecutada la prestación de cargo de uno de los contratantes, el asumir éste el papel de demandante presentándose a exigir al otro las suyas, ha podido éste con toda eficacia oponer la excepción non ad impleti contractus, reconocida o establecida por el art. 1609 del mismo Código.

Pero de corregir los conceptos de la sentencia recurrida no se deduce que ella haya de casarse, siendo así que por la distinta senda indicada aquí como cierta se ha de lle-

gar a la misma absolución pronunciada en dicho fallo. El fin principal de la casación es unificar la jurisprudencia (C. J., art. 519), y lo llena la Corte estableciendo la doctrina legal en cada caso. En el presente queda cumplido este deber con lo antedicho. Y en cuanto al agravio de las partes, a enmendar el cual expresamente llamaba la atención la ley 40 de 1907 en su art. 149, ocurre observar lo que acaba de expresarse sobre el sentido absolutorio al que precisamente se llega también con el razonamiento indicado aquí por la Corte como legal y lógico.

Resumiendo la situación del caso ante los conceptos de la presente sentencia y de la recurrida, así como ante la demanda de casación, se tiene:

No se violó el art. 343 del C. J., porque el Tribunal, cabalmente autorizado por esta disposición para escuchar toda excepción que encuentre como juzgador, aunque no haya sido invocada por las partes, con salvedades que no es el caso traer a cuento, y que por lo mismo podría haber procedido de suyo, no se vio siquiera en el caso de valerse de esa potestad o de obedecer esa disposición, sino que simplemente encontró que Avila invocó y ha demostrado como causa de la obligación que aquí se le demanda, una que hace que ésta no sea exigible. El darle indebidamente la calidad de nulidad absoluta no obsta a que ése fuera el hecho en sí.

No se violó el art. 472 del C. J., puesto que se llenó el deber que él impone al juzgador, aunque siendo éste el de absolver al demandado, como se le absolvió, a ello se llegara por motivos que no en su totalidad acepta la Corte.

Y con esto queda dicho también cómo y por qué se halla inaceptable el segundo motivo de casación.

No es aceptable el cargo de violación de los arts. 1602 y 1625 del C. C., en el concepto en que el recurrente dice que se violaron, porque si el uno hace de un contrato legalmente celebrado una ley para los contratantes, invalidable por mutuo consentimiento o causas legales y si el otro, entre estas causas, habla de la anulación, no se ve cómo se violen esas disposiciones por el hecho de conceptuar que no rija ni se acoja un contrato que se reputa absolutamente nulo. Esto, lógicamente, aun dentro del concepto del Tribunal sobre nulidad. Con más veras al encontrar sencillamente que la obligación no es exigible, a la luz del art. 1609 del C. C.

Es lógico el reparo del recurrente, en cuanto el Tribunal acoge la excepción invocada por Avila dentro del concepto de constituír una nulidad absoluta, y en cuanto para la época de su fallo regía el art. 15 de la ley 95 de 1890. Y es lógico también el relativo a los arts. 1740 y 1741 del C. C., aunque no en el concepto en que el recurrente los estima violados, sino en el de que el Tribunal encuentre una nulidad donde no la hay. Pero de la justicia del cargo no se deduce casación de la sentencia, por la razón apuntada ya, consistente en que, aun corregido el yerro y tomada la senda que la Corte indica, se llega igualmente a la absolución de Avila.

En suma: no puede prosperar el recurso, porque ninguno de los motivos aducidos conduce a infirmar la sentencia recurrida.

Se anota la circunstancia de ser distinto del motivo indicado por el Tribunal el que lleva a la Corte a justificar la absolución del reo en cuya virtud ha de quedar en pie la sentencia recurrida, como razón, a la luz del art. 575 del C. J., de que no haya condenación en costas.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no infirma la sentencia recurrida.

Sin costas.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Antonio Rocha, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J., Juan Francisco Mújica, Eduardo Zuleta Angel, Emilio Prieto Hernández. Srio. int.

ACCION DE RESCISION DE UN CONTRATO POR ERROR

Para que prospere la acción de nulidad relativa fundada en la especie de vicio del consentimiento consistente en error sobre la identidad específica de la cosa (art. 1510 IN FINE), es necesaria la prueba de tres elementos, a través de los cuales el Juzgador pueda deducir que hubo ese error en el consentimiento de uno de los contratantes: que se tuvo una determinada creencia; que esa creencia no correspondió a una realidad, y que, esa creencia fue determinante, es decir, que si se hubiera descubierto el error, no se hubiera determinado una de las partes a contratar.

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

(Magistrado ponente, Dr. Antonio Rocha).

Antecedentes

I.—Por escritura Nº 1144, otorgada en la Notaría 1ª de Cúcuta el 29 de octubre de 1929, Ignacio Eslava le vendió a José Rafael Apolinar, por la suma de $ 800 que Eslava declara haber recibido a su satisfacción, lo siguiente:

"Primero.—Una casita enramada compuesta de sala y aposento, con su correspondiente cocina construída de bahareque y tejas y una casa contigua de habitación y sus solares correspondientes en terreno propio, que mide diez metros de Oriente a Occidente, situado en el barrio de 'La Playa', con su correspondiente callejuela de entrada y salida y demarcado así; Oriente, con la toma denominada 'El Brazo'; Occidente, con propiedad de María Ayala; Norte, con propiedad de Rafael Bermúdez; y Sur, la calle trece en medio con casa de Lucía Labrador e hijos. Esta finca así descrita la hubo el vendedor por compra que hizo a la señora Delia Zambrano, según consta de la escritura número mil diez de fecha diez y siete de diciembre de mil novecientos veintiocho, otorgada en la Notaría segunda de este Circuito; y Segundo.—Los derechos y acciones que el exponente compró al señor Temístocles Lara por escritura número mil sesenta y nueve de fecha nueve de octubre de mil novecientos veintinueve, otorgada en esta Notaría primera vinculados en una enramada de bahareque, madera y teja, situada en el Barrio de 'El Contento' de esta ciudad y demarcada así: Por el Norte, con casa de Carmelo Bustamante; por el Sur, con calle de por medio y casa de Margarita Peñalosa; por el Oriente, calle al medio, con propiedad de Francisco Sarmiento; y por el Poniente, con casa de Arturo Vargas".

En mayo de 1934, o sea cuatro y medio años después de otorgada la escritura de venta, José Rafael Apolinar presentó demanda contra el vendedor Ignacio Eslava para que judicialmente se hicieran las declaraciones que textualmente se transcriben en seguida:

"Primero.—La inexistencia del contrato por error o por falta de derecho del vendedor para vender, pues no trasmitió nada y, por tanto, la nulidad del contrato que consta en el instrumento escriturario número mil ciento cuarenta y cuatro (1144) de veintinueve de octubre de mil novecientos veintinueve (1929);

"Segundo.—Que me devuelva la suma de tres mil pesos oro que yo le pagué íntegramente por la compra;

"Tercero.—Que me pague las mejoras que yo he hecho en las fincas, que he gastado mil pesos oro, y los intereses del capital desde la fecha en que recibió el dinero;

"Cuarto.—O que en subsidio me garantice debidamente la efectividad de esta venta para el caso de que haya reclamo por parte de los dueños; y me indemnice de los daños y perjuicios que yo he de sufrir con la legalización de la mencionada compra".

En su libelo de demanda, Apolinar no dice que una de las cosas compradas fueran los derechos y acciones de que habla la escritura 1144, sino que da por cierto que fue una construcción alindada como cuerpo cierto.

Como explicación para determinarse a demandar y como hechos fundamentales de la acción o acciones que promueve, da los que se sintetizan en seguida:

Que él, comprador, abrigaba la certeza de que "las fincas" que le vendía Eslava eran de propiedad de éste y que su titulación se ajustaba a la ley, de tal manera que todo estaba legalizado y como comprador no tendría necesidad de hacer ninguna diligencia

en ese sentido, conforme se lo manifestó el vendedor Eslava. Pero que así no sucedió, pues que la edificación situada en el barrio de "La Playa" no coincide con los linderos que indican las escrituras anteriores, y además, está en terreno ajeno, y la otra construcción, situada en el barrio de "El Contento", no es un cuerpo cierto, que fue lo que creyó comprar, sino simples derechos y acciones en una sucesión (la de Angelina Cáceres), de la cual el vendedor Eslava "no vendrá" a resultar adjudicatario porque hay otros herederos forzosos de mejor derecho.

Que el precio de la compraventa pagado por él, Apolinar, como comprador, fue de $ 3,000 y no de $ 800 como reza la escritura, menor valor que convinieron poner para no pagar derechos fiscales por el verdadero precio.

Que la venta así es nula, porque no existe derecho de propiedad del vendedor y por ende no existe el contrato que tan solemnemente hicieron.

Y agrega, finalmente, que son muchos los gastos de reconstrucción y mejoras que ha hecho en uno y otro inmueble y los perjuicios que ha sufrido por el incumplimiento de Eslava, no sólo el precio de $ 3,000 sino sus intereses y gastos en las mejoras.

Todos esos hechos y afirmaciones los negó el demandado Eslava al contestar el libelo (folio 10, cuaderno Nº 1).

El Juzgado Segundo del Circuito de Cúcuta falló negando las peticiones de Apolinar y condenándolo en las costas procesales.

II.—La sentencia acusada.—El Tribunal Superior de Pamplona confirmó la decisión del inferior mediante la sentencia de fecha treinta (30) de enero del presente año de mil novecientos treinta y seis (1936), por motivos que pueden sintetizarse así:

Que es difícil precisar cuál es la acción incoada, dada la confusión de los hechos fundamentales y la vaguedad de la razón o causa del libelo de demanda.

Que no se puede aceptar que se trate de hacer efectiva la obligación de saneamiento por evicción, porque ni se afirma ni se demuestra que el comprador la haya sufrido (art. 1894 del C. C.), ni siquiera que haya sido demandado por terceros; y que la acción de saneamiento por evicción probable y futura no está consagrada por la ley, ni es factible la indemnización de perjuicios que aún no se hayan causado.

Que atendiendo al texto expreso de las dos primeras peticiones de la demanda, puede en cambio concluírse que el actor solicita la declaración de nulidad o inexistencia del contrato de compraventa que celebró con Eslava, por cuanto el vendedor no era dueño de lo vendido.

Que en el supuesto, de que Eslava no fuera dueño de lo vendido, de ahí no se sigue la nulidad de la venta, al tenor del artículo 1871 del C. C.; pero que además el expediente contiene pruebas precisamente demostradoras del dominio de Eslava sobre los bienes que le vendió al actor.

Que no hubo tampoco error sobre la cosa vendida, "pues la casa ubicada en "La Playa", trasmitida como cuerpo cierto, como tal era del vendedor y en esas condiciones pasó al comprador; y en relación con la casa ubicada en el barrio de "El Contento", Eslava sólo vendió a Apolinar los derechos que tenía en ella, como clara e inconfundiblemente lo dice la escritura, y ya se vio que sí tenía el vendedor esos derechos por él adquiridos legítimamente".

Finalmente, agrega el Tribunal:

"Por lo demás, el vendedor entregó al comprador lo vendido, aun la casa sobre la cual tenía meros derechos, por los linderos que la escritura reza, según lo comprueba la inspección ocular y el dictamen pericial arriba mencionados; y según lo confiesa el propio demandante, éste está desde entonces en posesión material de las dos casas susodichas desde la fecha de la venta, ha hecho mejoras en ellas y hasta una hipoteca constituyó sobre una de las mismas, todo lo cual confirma lo infundado de la acción intentada en lo principal".

Cargos de casación

El apoderado del demandante comprador Apolinar, formula contra la sentencia anterior los siguientes cargos, por ser ella violatoria de la ley sustantiva por apreciación errónea o falta de apreciación de varias pruebas, entre ellas de la inspección ocular, en que el sentenciador incurrió en error de hecho y de derecho:

a)—Del artículo 1510 del C. C., en cuanto estatuye que el error de hecho vicia el consentimiento cuando recae sobre la identidad de la cosa específica de que se trata, como si en el contrato de venta el vendedor entendiese vender cierta cosa determinada y el comprador entendiese comprar otra. El recurrente encabeza el cargo con este epígrafe: "Nulidad.—Rescisión por error de hecho consistente en la falta de identidad", y lo desarrolla luégo así:

"En el contrato celebrado entre Ignacio Eslava y José Rafael Apolinar, aquél vendió a éste como cuerpo cierto una finca que se determinó por sus linderos en la escritura

de venta. Al ejecutarse el contrato, Apolinar descubrió que la situación y los linderos correspondientes a la finca que aparecía determinada en la escritura de compraventa eran diferentes y disentían notablemente de los señalados en el instrumento público. Apolinar fue llamado a engaño al encontrar que se le había entregado en cumplimiento del contrato una cosa distinta de la que él suponía cuando prestó su consentimiento. La inspección ocular y la prueba pericial establecen claramente la desemejanza entre la cosa de que trata la escritura y la que recibió Apolinar. En estas condiciones es innegable la falta de identidad y con ella el error de hecho en que incurriera José Rafael Apolinar y por este aspecto es jurídicamente rescindible el contrato de compraventa que contiene la escritura pública número mil ciento cuarenta y cuatro (1144) de veintinueve (29) de octubre de mil novecientos veintinueve (1929) de la Notaría primera del Circuito de Cúcuta".

La Corte considera:

Al tenor de la precitada escritura Eslava le vendió a Apolinar dos bienes distintos, pero claramente determinados uno y otro: en primer lugar una construcción con el solar en que se hallaba edificada, incompletamente determinada por su cabida porque sólo se determina por metros la línea de Oriente a Occidente, pero en cambio por completo alindada por los cuatro puntos cardinales; en segundo lugar, los derechos y acciones que el exponente Eslava le compró a Temístocles Lara por escritura número mil sesenta y nueve (1069), otorgada en la Notaría primera de Cúcuta el nueve (9) de octubre de mil novecientos veintinueve (1929) vinculados en una construcción alindada por sus costados.

El Juez en la inspección ocular y dos de los peritos, en su dictamen están de acuerdo en concluír que el bien primeramente determinado en la escritura es el mismo que recibió del vendedor el comprador Apolinar y que su alinderación coincide por tres de sus costados, pues en cuanto al costado sur, aunque no da sobre la calle trece, sí da sobre una callejuela, la más próxma a la trece, y que callejuela de por medio linda con la casa de Lucía Labrador e hijos, como lo dice la escritura de venta. El Tribunal, en varios pasos de la sentencia, alude a tales pruebas y da por sentado que fue una misma la cosa que se quiso vender y la que recibió el comprador no obstante que de la acotada diferencia del lindero sur no hace capítulo de especial estudio.

El fallador no podía llegar a la conclusión de la falta de identidad que anota el recurrente, a través de la inspección ocular y de la prueba pericial, porque precisamente, tanto el Juez como los peritos, concluyen que es uno mismo el inmueble, pues el error en citar la callejuela como si fuera la calle trece no es obstáculo para tener el inmueble que recibió el comprador de manos del vendedor como el mismo a que la escritura se refiere. Por parte del Juez, ésa es la impresión que se advierte a través del acta de vista de ojos; y para la mayoría de los peritos, también fue ésa la conclusión a que llegaron. Tener el hecho así verificado como probado plenamente, no entraña los errores en la apreciación de la prueba que anota el recurrente. Además, el Tribunal apoya también su convicción al respecto en la consideración que al resumir su sentencia queda trascrita como párrafo final, consistente en afirmar que si aquel inmueble lo recibió materialmente el comprador y sin observación ninguna lo mantuvo en su poder por varios años, hasta el presente, le hizo reparaciones y mejoras, y aun constituyó sobre él una hipoteca, toda esa actuación suya está excluyendo su propia alegación de que no fue ése el inmueble que él pensó comprar.

Para que prospere la acción de nulidad relativa fundada en la especie de vicio del consentimiento consistente en error sobre la identidad específica de la cosa (art. 1510 *in fine*), es necesario la prueba de tres elementos, a través de los cuales el juzgador pueda deducir que hubo ese error en el consentimiento de uno de los contratantes: Que se tuvo una determinada creencia; que esa creencia no correspondió a una realidad; y que esa creencia fue determinante, es decir, que si se hubiera descubierto el error, no se hubiera determinado una de las partes a contratar.

No aparece demostrada en el juicio esa creencia del comprador Apolinar: que el inmueble del barrio de "La Playa", por estar situado sobre una callejuela y no sobre la propia calle trece, no fue el mismo que quiso comprar, y que de no resultar situado sobre la calle trece no se hubiera determinado a comprarlo. Todo lo contrario se deduce de autos, porque Apolinar, después de firmar la escritura, recibió materialmente el inmueble, lo poseyó por varios años y le hizo mejoras de consideración, lo que está demostrando que, no obstante la equivocación del lindero sur cometida en la escritura, el inmueble que recibió fue el mismo que quiso comprar.

Esta última circunstancia de haber recibido sin reclamación ninguna de manos del

vendedor y de haber conservado durante mucho tiempo el inmueble excluye la alegación de falta de identidad del inmueble, que tuvo por determinado o encerrado por los linderos que reza la escritura. El Tribunal no cometió, pues, ningún error al tener o aceptar el inmueble que vieron el Juez y los peritos por el mismo, que quiso comprar y que en efecto compró el demandante. Y en caso de que el fallador hubiera incurrido en error, ése sería primero de hecho, al apreciar las pruebas de inspección y de peritos, que en sí no han sido atacadas por el recurrente. Sólo por este camino se podría llegar a la infracción del artículo 1510 del C. C., como consecuencia del error en la estimación de las pruebas.

Por lo demás, el segundo colon del artículo 1510 consagra en realidad uno de los varios errores de hecho que vician el consentimiento, el llamado error in corpore o sobre la identidad de la cosa específica de que se trata, pero, por lo ya dicho, no está probado que en ese caso se hallara el comprador.

Podría suceder que el comprador Apolinar se hubiera determinado a adquirir el inmueble en cuestión en atención al lindero sobre la calle, móvil determinante con frecuencia en las adquisiciones urbanas. Si así hubiera sido, el error hubiera podido tomarse en cuenta para anular el contrato por afectar el consentimiento en cuanto la calidad de la cosa, a linderos sobre una calle pública, apareciera como el móvil determinante o principal motivo que tuvo el comprador para contratar, al tenor del segundo inciso del art. 1511 del C. C. Pero esta hipótesis no tiene ningún respaldo en las pruebas del proceso, ni en los hechos de la demanda, ni dentro de ella se ha colocado el recurrente.

b)—En seguida dice el recurrente que el incumplimiento de Eslava con Apolinar ha creado en favor de éste el derecho a intentar con éxito completo la acción resolutoria de que trata el art. 1543 del C. C.; y fundamenta el derecho de Apolinar a la resolución del contrato diciendo que él fue el único que en su integridad cumplió su obligación de comprador pagándole el precio, y que en cambio Eslava no cumplió sino parcialmente, porque respecto del primer inmueble el terreno resultó ajeno, cuando la escritura dice que era propio del vendedor y que por otra parte le entregó otro distinto por su situación, extensión y calidad. Respecto del segundo bien dice que también incumplió, porque Temístocles Lara, quien le vendió a Eslava derechos en una herencia, no resultó que no acusa la sentencia por violación del ser heredero de Angelina Cáceres. Y aun referido art. 1546, seguramente la disertación del recurrente tiene esa finalidad. Advierte también que reconoce lo desordenado de la demanda, pero que siendo constante la afirmación que Apolinar hace del incumplimiento de Eslava, no es injurídico estimar que se ejercitó la acción resolutoria puesto que los hechos se refieren a la inejecución de lo pactado. En este sentido no acusa el recurrente ningún error en la interpretación del libelo de demanda.

Esta última interpretación que el recurrente le da a la demanda parte de puntos de vista muy distintos. Ya la causa y el consentimiento no dejan de existir en el momento de celebrarse el contrato, sino que la obligación del vendedor es incumplida o falta con posterioridad al mismo. Ya no es la nulidad lo que puede ser pedido; es entonces lo que se llama una resolución. Sólo que como los efectos de la resolución entre los contratantes son similares a los de la nulidad, le han dado pie al recurrente para interpretar en aquella otra forma el libelo de instancia. Pero la Corte no puede, en casación, variar la apreciación de la acción que hizo el fallador, mientras esta apreciación no sea atacada en debida forma por el recurrente.

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, no casa la sentencia del Tribunal Superior de Pamplona de fecha treinta (30) de enero de mil novecientos treinta y seis (1936).

Sin costas en el recurso por no aparecer que se hayan causado.

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

Antonio Rocha, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J., Juan Francisco Mújica, Eduardo Zuleta Angel, Emilio Prieto Hernández, Srio. Int.

DEMANDA DE NULIDAD ABSOLUTA DE UN CONTRATO POR SIMULACION

La acción constitutiva se encamina a obtener la extinción de una relación de derecho y como su consecuencia, la modificación del estado jurídico existente. Cuándo procede la acción constituva. La jurisprudencia, apoyada en el artículo 1766 del Código Civil, siempre ha estatuido que la situación aparente creada por el acto ostensible de la simulación se convierte en definitiva para los terceros de buena fe, porque aquél es el único susceptible de ser conocido por éstos. La acción de simulación es esencialmente distinta de la de nulidad.

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

(Magistrado ponente, Dr. Juan Francisco Mújica).

Materia del pleito

El 2 de diciembre de 1932, ante el Juzgado 1º del Circuito de Tunja, Martín Vargas, en su condición de marido de Clara Buitrago, demandó a Antonio Pinzón y a la sucesión de Francisco Buitrago, representada por Eduvigis Pinilla, viuda de éste, y por sus hijos legítimos, Pascual Buitrago, Dulcelina Buitrago, María Buitrago y Clara Buitrago de Vargas, y, por último, se demandó a sí mismo en el carácter dicho.

Suplicó el actor en el libelo: a)—La nulidad absoluta por simulación del contrato de compraventa contenido en la escritura Nº 116, del 15 de marzo de 1927, pasada ante el Notario de Agua de Dios. Según ese contrato, Francisco Buitrago, hoy fallecido, aparece vendiendo a Antonio Pinzón tres lotes de terreno ubicados en jurisdicción de los municipios de Leiva y Arcabuco. b)—La declaración de que tales fincas, consecuencia de la nulidad del contrato, no han salido del patrimonio de Francisco Buitrago y forman parte, por lo tanto, de los bienes relictos de éste que pertenecen a su sucesión, representada por los demandados.

Los hechos de la demanda se resumen así: Francisco Buitrago, sin intención de vender, y Antonio Pinzón, sin voluntad de adquirir, simularon el contrato de compraventa a que se refiere la citada escritura pública, con el fin de que Pinzón, a la muerte de Buitrago, entregara a los herederos de éste las fincas mencionadas, objeto de la compraventa. A la muerte de Próspero Jiménez, quien aparecía como dueño de esas fincas, a título también simulado de comprador del Buitrago, éste, que por el testamento de aquél las había vuelto a adquirir, estuvo buscando una persona a quién transferírselas aparentemente. Entonces se ofreció Pinzón a figurar como comprador de las fincas, sobre la base de que, dada su honradez, oportunamente tranferiría el dominio de ellas a los herederos de Buitrago. Para cumplir las exigencias que momentos antes de su muerte hizo Buitrago a Pinzón, éste, luégo de llamar a los herederos de aquél, hizo extender en Agua de Dios la escritura Nº 345 de 27 de noviembre de 1930, en donde les transfería a título de venta el dominio sobre los bienes. Esta escritura se negó Pinzón a firmarla porque los dos herederos que en su propio nombre y como mandatarios de los demás comparecieron al otorgamiento del instrumento público se negaron a entregarle trescientos pesos ($ 300)), parte de los cuales Pinzón tomó violentamente y hubo de devolverlos por intervención de las autoridades.

Antonio Pinzón vendió a terceros esos inmuebles.

Los poseedores de las fincas siempre han sido Francisco Buitrago, y, sin solución de continuidad, los herederos de éste.

En la contestación a la demanda, Antonio Pinzón negó los hechos y reconoció como cierto el haber enajenado esas fincas a terceros.

Los otros demandados, entre los cuales figura el demandante, aceptaron los hechos de la demanda y pidieron se fallara conforme a las peticiones del libelo.

En el curso del juicio, Clara Buitrago ratificó lo actuado, en su calidad de mujer del demandante Martín Vargas.

Sentencia recurrida

El 24 de noviembre de 1934 el Tribunal Superior de Tunja resolvió "que no era el caso de hacer las declaraciones pedidas en la demanda".

El Tribunal consideró que habida la circunstancia de que Pinzón "vendió a Joaquín Madero el terreno situado en Arcabuco y a

Mercedes Salazar parte de los situados en Leiva", en el supuesto de que apareciera probada la simulación, no procederían las súplicas de la demanda, porque la decisión favorable a ellos perjudicaría a los terceros de buena fe.

Además, considera el Tribunal que los testimonios aducidos por el demandante no son suficientes para demostrar la simulación. En cambio, de las pruebas que adujo Pinzón aparece la realidad de la compraventa impugnada.

Contenido del recurso

El recurrente acusa la sentencia por la causal 1ª del art. 526 del C. J., como violatoria de ley substantiva, proveniente de apreciación errónea de unas pruebas y falta de apreciación de otras. Divide su demanda de casación en nueve capítulos, así: 1º "Errónea apreciación de la prueba de confesión extrajudicial de Antonio Pinzón", debido a que el Tribunal consideró que los testigos deponen sobre las palabras que en distintas ocasiones y aisladamente oyeron pronunciar a Buitrago y a Pinzón, cuando tales declaraciones versan sobre el hecho de haber presenciado conjuntamente tres testigos la confesión de Pinzón sobre la simulación. Violó el Tribunal los arts. 604 y 697, por falta de aplicación, y el 699 del C. J., por mala aplicación al apreciar esas pruebas. 2º "Errónea apreciación de la prueba en cuanto a las cartas que obran de autos". El Tribunal violó los arts. 655, 653 y 722 del C. J., porque, comprobada la tacha de falsedad de esos documentos, el sentenciador, sin embargo de ello, los tuvo como auténticos. 3º "Errónea apreciación de la prueba sobre la fama pública, procedente de testigos sobre este tópico y falta de apreciación de esta prueba". El Tribunal, apoyado en el art. 702 del C. J., prescindió de las pruebas referentes a la posesión de las fincas de una y otra parte, pero olvidó que tales pruebas sirven también para acreditar la fama pública referente a que el contrato de compraventa era simulado. El Tribunal violó los arts. 697 y 698 del C. J. 4º "Errónea apreciación de la prueba sobre tacha de testigos presentada para comprobar la catadura moral de los cinco testigos presentados por el demandado en la segunda instancia y que dicen haber presenciado el pago de ochocientos pesos ($ 800.00) a Francisco Buitrago por Antonio Pinzón". El Tribunal no sólo desconoció el mérito probatorio de las tachas comprobadas, sino que estimó las declaraciones de los testigos tachados, a causa de lo cual violó los arts. 670 y 697 del C. J. 5º "Falta de apreciación de la prueba consistente en la costumbre de Francisco Buitrago de hacer escrituras ficticias". Violó el Tribunal el art. 593 del C. J., porque no tuvo en cuenta la costumbre de Francisco Buitrago, debidamente acreditada, de otorgar escrituras simuladas. 6º "Errónea apreciación de la prueba traída para comprobar el pago de ochocientos pesos ($ 800.00) a Francisco Buitrago por concepto de la venta simulada". Violó el Tribunal los arts. 670 y 701 del C. J., porque no tuvo en cuenta la contradicción de los deponentes al contestar los contrainterrogatorios. 7º "Error en la apreciación de las doctrinas de la H. Corte Suprema de Justicia en los numerales 3784, 3791, 3768, 3772, 3792 del tomo III; 3806 del tomo I; 3405, 3408, 3410 y 3411 del tomo II". La sentencia incurrió "en error de hecho y en error de derecho claramente manifestados en los autos", porque aplicó indebidamente las aludidas doctrinas de la Corte, las cuales versan sobre reivindicación, cuestión ajena a este pleito. Tales jurisprudencias fijan el alcance y aplicación del art. 1748 del C. C., que no es pertinente, dada la naturaleza del negocio que se ventila. 8º "Errónea apreciación de los testigos que comprueban la confesión extrajudicial de Francisco Buitrago de que la venta que le había hecho a Antonio Pinzón era de confianza, y, como consecuencia, errónea apreciación de la prueba y falta de apreciación de la misma". El Tribunal violó los arts. 593 y 697 del C. J. a consecuencia de estos errores. 9º "Errónea apreciación de los testigos traídos por la parte demandada para tachar los de la parte demandante". El Tribunal violó los arts. 709, 670 y 669, numeral 2º del C. J., debido a que guardó silencio a este respecto.

Motivos

La sentencia se apoya sobre dos considerandos. El primero consiste en la insuficiencia, para el Tribunal, de los medios que se adujeron con el fin de convencerlo de la simulación. El segundo, tiende a salvaguardiar los intereses de terceros de buena fe. Por manera que, en el supuesto de haberse probado la simulación, la acción instaurada, dado el segundo de los fundamentos del fallo, tampoco habría sido estimada.

De acuerdo con la lógica de la sentencia, procede, pues, el análisis de la demanda de casación por su capítulo 7º, el cual ocupa el primer lugar en ese orden de precedencia.

En el libelo se afirma que Pinzón dispuso de las fincas compradas a Buitrago. Este

hecho fue aceptado por la parte demandada. Y esto se probó en el juicio.

La acción que se ha ejercitado en este pleito es constitutiva, porque el objeto de ella se encamina a obtener la extinción de una relación de derecho y como su consecuencia, la modificación del estado jurídico existente.

Procede la acción constitutiva siempre que los presupuestos especiales de ella se reúnan, los cuales son tres, a saber: a) La existencia de una relación jurídica concreta; b) Que los hechos aducidos sean adecuados para producir la modificación del estado jurídico existente; y c) Que haya una necesidad de tutela jurídica, esto es, que la constitución jurídica que se pretende no pueda obtenerse sino por medio de una sentencia.

La relación jurídica de la letra a) consiste en este pleito en la compraventa que consta en la escritura Nº 116 del 15 de marzo de 1927, pasada por Francisco Buitrago y Antonio Pinzón ante el Notario de Agua de Dios.

El segundo de los presupuestos dichos no existe ante el hecho, ya mencionado, de la transmisión a terceros que hizo Pinzón del dominio adquirido por él.

Para los efectos de la simulación en este pleito, son terceros, no los extraños a las partes, ni los que tienen de ellas sus derechos por título anterior al contrato simulado, ni los sucesores a título universal de cualquiera de las partes que realizaron el acto simulado, sino quienes adquirieron sus derechos de buena fe de la persona que en el negocio simulado aparecía como titular de ellos.

La jurisprudencia, apoyada en el art. 1766 del C. C., siempre ha estatuído que la situación aparente creada por el acto ostensible de la simulación se convierte en definitiva para los terceros de buena fe, porque aquél es el único susceptible de ser conocido por éstos.

Ahora bien. Toda sentencia constitutiva contiene dos elementos que son los mismos de la acción que la provoca: 1º La declaración del derecho, 2º La constitución, o sea la nueva estructuración de la situación jurídica existente.

De acuerdo con esto y en armonía con las súplicas de la demanda, la sentencia estimatoria de esta acción habría contenido: a) La declaración de la extinción por simulación del contrato de compraventa que consta en la escritura número 116; b) La decisión consecuencial de que los bienes raíces, objeto de aquella convención, no salieron del patrimonio de Francisco Buitrago y pertenecen, por lo tanto, a la sucesión de éste, representada por sus herederos.

Como se ve, los efectos de esa sentencia serían ex tunc, esto es, retroactivos, con perjuicio, por consiguiente, de los terceros que derivan su derecho real del negocio ostensible.

La fuerza material de cosa juzgada vincularía al juez futuro, no desde el punto de vista de los arts. 473, 474 y 477 del C. J., sino del derecho substantivo en cuanto todo fallo judicial hace plena prueba acerca del contenido de su parte resolutiva. El acto constitutivo versaría sobre un derecho real, y es aceptado que uno de los atributos de los derechos reales es el de que, tanto los actos traslativos de ellos como los constitutivos, son oponibles en su ocasión a todos. Esto es, que los efectos de ellos son susceptibles de repercutir en su oportunidad más allá de las partes y de sus causashabientes a título universal.

De ahí que la sentencia constitutiva en este pleito, una vez inscrita en el registro, tendría como consecuencia la de que los terceros de que aquí se trata quedasen frente a los herederos de Buitrago como simples poseedores de las fincas, con justo título y buena fe, cambiando así, respecto de éstos, su actual posición de verdaderos dueños.

La necesidad de la tutela jurídica, o sea el tercero de los presupuestos dichos, tampoco, por lo tanto, existe, ya que en vista de que si en concepto del actor el derecho de dominio no radicaba en cabeza de Pinzón, la acción procedente era la de condena por los perjuicios sufridos con motivo del acto indebido de la venta a terceros que, gracias a la simulación, pudo ejecutar el titular aparente de ese derecho real.

Para una fácil inteligencia de este último punto, debe tenerse en cuenta que la clasificación de las acciones seguida en este fallo, es la científica del derecho procesal, clasificación que se hace de acuerdo con la naturaleza de las sentencias que aquellas provocan.

Si se acoge la anacrónica y conocida clasificación de las acciones civiles que es la que se efectúa atendiendo al derecho que garantizan, con la acción de simulación (se reitera jurisprudencia —sentencia del 27 de julio de 1935— acerca de que la acción de simulación es esencialmente distinta de la de nulidad) ejercitada aquí por el actor, éste podía perseguir distintos efectos, los cuales siempre se hallan determinados por las peticiones de la demanda, constituyen el contenido de la sentencia y hacen tránsito a la cosa juzgada. De esos efectos que son, ora

de condena, bien declarativos, sea de anulación, o ya de rescisión, el actor suplicó lo que no era procedente, como se ha visto.

Se observa que no existe causal de casación por violación de doctrinas jurisprudenciales. Por consiguiente, el Tribunal no aplicó indebidamente el art. 1748 del C. C., puesto que la simple circunstancia de citar jurisprudencias de la Corte no significaba la subsunción del hecho jurídico que se estudia en ese precepto legal.

Sobra, pues, el examen de cada una de las otras causales aducidas, las cuales se refieren todas a errores de hecho y de derecho en la apreciación de ciertos testimonios y de unas cartas. Aun cuando el Tribunal hubiera incurrido en algunos de los errores de apreciación, que por otra parte no aparecen manifiestos, sino que se revelan como simples diferencias de criterio con el del recurrente, no habría lugar a la casación del fallo, dada la subsistencia del fundamento ya analizado.

Por otro extremo, dado que la parte actora no tiene la calidad de tercero en este acto simulado, la prueba suministrada ha debido ceñirse a lo preceptuado respecto de su naturaleza en los arts. 91 y 93 de la Ley 153 de 1857. (Jurisprudencia citada).

No obstante no haber sido materia del recurso, es necesario hacer presente que haciendo abstracción de todo lo expuesto, sería igualmente imposible, en este pleito, una sentencia estimatoria de la acción incoada. En todo proceso civil deben intervenir dos partes, de manera que no es concebible que una persona se demande a sí misma, ni aun en el caso de que en ambas posiciones actúe como representante del actor y del demandado.

Martín Vargas, en su calidad de marido de Clara Buitrago, demandó a Antonio Pinzón, a la sucesión de Francisco Buitrago, representada por su mujer, la madre y los hermanos de ésta, y se demandó a sí mismo.

El Tribunal se limitó indebidamente a considerar que "nada ingenioso y hábil se encuentra en el procedimiento adoptado de demandar a los herederos de Francisco Buitrago, entre quienes figura el propio demandante", pero que "con la ratificación explícita hecha por Clara Buitrago de todas las gestiones de su marido Martín Vargas, se descarta y se deja sin fundamento la excepción sobre la falta de personería en el actor, propuesta por Antonio Pinzón al contestar la demanda". Esto es, el Tribunal convino de hecho en que en el proceso civil quien figura como demandado puede ocupar también el lugar de demandante.

Según lo hace resaltar el Tribunal en su sentencia, Martín Vargas suscribió el libelo de demanda sin revocar el poder que con anterioridad a la presentación de ella había conferido, junto con Pascual Buitrago, al abogado que ha gestionado todo este pleito y que formula la demanda de casación. Es ambigua la posición del procurador de Vargas, puesto que éste aparece también como demandado y el otro poderdante no interviene en el juicio sino como reo.

La situación procesal creada para las partes con la sentencia, la aceptaron los herederos de Francisco Buitrago con el hecho de no haber interpuesto el recurso de casación, no obstante que sus intereses son iguales a los del demandante, debido a lo absurdo de la posición que tanto el juez como el Tribunal permitieron ocupar en este pleito a sus sujetos. De ahí que por este extremo tampoco sería permitido a la Corte casar el fallo recurrido.

Resolución

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, no casa la sentencia que el 24 de noviembre de 1934 pronunció en este juicio ordinario el Tribunal Superior de Tunja.

Notifíquese, cópiese y publíquese. Insértese copia de esta providencia en la GACETA JUDICIAL.

Antonio Rocha, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J., Juan Francisco Mújica, Eduardo Zuleta Angel, Emilio Prieto Hernández, Srio. int.

ACCIONES DE DOMINIO, DE EXCLUSION DE CIERTOS BIENES DE UN INVENTARIO Y DE RESTITUCION.—ENRIQUECIMIENTO INJUSTO

La acción de IN REM VERSO no puede prosperar ni tiene cabida con el solo hecho de que haya enriquecimiento de un lado, sino que necesita que haya empobrecimiento del otro, y no basta la existencia de estos dos factores, sino que se requiere su conjunción; más todavía, aun mediando ambos y relacionándose entre sí, puede no producirse, ya porque haya habido ánimo de liberalidad que excluye el cobro ulterior, ya porque la ley confiera acciones distintas, que naturalmente excluyen ésa, meramente subsidiaria, o autorice el enriquecimiento en referencia, como sucede, v. gr., con la prescripción, con la prohibición de repetir lo dado por causa ilícita, o en relaciones como la de que es ejemplo la del artículo 1934 del C. C. Al hablarse de ese enriquecimiento se agrega "sin causa", lo que claramente indica cómo no pueden englobarse dentro de los casos de él aquéllos en que sí es causado, como por ejemplo, los de prestaciones nacidas de contratos.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil—Bogotá, diez y nueve de septiembre de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente, Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

Va a decidirse del recurso de casación interpuesto por el demandante contra la sentencia con que el Tribunal Superior de Bogotá desató en segunda instancia el juicio ordinario seguido por Ignacio Guillén contra Roberto Tobón, vecinos de esta ciudad, sobre los varios puntos que se dirán adelante.

Antecedentes

Roberto y Jesús María Tobón, Enrique Forero y Pedro Martín Páez constituyeron la sociedad Tobón y Compañía, por escritura número 1197, en la Notaría 2ª de Bogotá, el 27 de agosto de 1906, para explotar las rentas de licores de Boyacá y Tundama.

Páez había rematado, en licitación de 18 a 20 de ese agosto, tales rentas de Boyacá y Tundama para el período de dos años que comenzaría el 1º de enero subsiguiente, como consta en la escritura número 1186 de esa Notaría y de 27 de septiembre de aquel año (1906) que confirmó la adjudicación e hizo las declaraciones pertinentes.

Por escritura de 17 de octubre de 1906, el señor Jesús M. Tobón, en nombre de Tobón & Compañía, dio a Olímpo Gallo y Evangelista Buitrago en arrendamiento esas rentas en lo correspondiente a las provincias de Norte y Gutiérrez del Departamento de Tundama.

La Nación recuperó esas rentas declarando quebrado el remate, el 7 de febrero de 1907.

Disuelta la sociedad Tobón y Compañía y puesta en liquidación, el crédito a cargo de dichos Gallo y Buitrago, figuró en el inventario y después, al partir los bienes, se adjudicó a Roberto Tobón.

Por escritura número 1049, otorgada en la Notaría 1ª de Bogotá, el 8 de abril de 1920, el prenombrado Páez, citando su referido remate, advirtiendo no haberlo traspasado a nadie, anotando que esa concesión fue beneficiada por dichos Gallo y Buitrago de 1º de enero a 7 de febrero de 1907 y de ahí en adelante por la Nación, y declarando deber por servicios profesionales al señor Ignacio Guillén suma cuya cuantía no se había fijado, dice ceder en pago a este señor todos los derechos que a Páez correspondan o puedan corresponder y emanen de aquel remate contra cualquiera persona directa o indirectamente obligada.

Aduciendo este título de cesión, que en tal concepto hizo notificar a los señores Tobón y a los señores Forero y Páez, dirigió Guillén contra estos cuatro como socios de Tobón & Compañía demanda para que por la vía ordinaria se declare: que al actor pertenece en pleno dominio lo que Páez adquirió por la citada licitación y al tenor de la escritura respectiva de 27 de septiembre de 1906; que todo ello se excluya del inventario de Tobón & Compañía, inclusive el crédito a cargo de dichos Gallo y Buitrago por el referido contrato de arrendamiento de las rentas en las provincias de Norte y Gutiérrez; y que se ordene al señor Roberto Tobón, en cuyo poder se encuentran los bienes inventariados como de ésta, entregar al demandante las cosas materia de esa exclusión, inclusive cuanto hasta la fecha de la entrega haya percibido por razón de ese crédito contra Gallo y Buitrago. Así se ve en la

demanda de 30 de agosto de 1922 (cuaderno 1º, folios 16 a 18).

Seguido el juicio por sus trámites legales, el 29 de abril de 1924 sentenció el Juzgado 7º del Circuito de Bogotá absolviendo a los demandados y condenando en costas al demandante, quien apeló de ese fallo, lo que dio motivo para que el Tribunal, después de tramitarse ante él la segunda instancia, hallase una nulidad consistente en que el litigio que era contra la referida sociedad, ya disuelta, se había seguido con los socios personalmente, y no con el liquidador, de donde, notificado en este carácter el señor Roberto Tobón y no ratificada por él la actuación, toda ella fue anulada por esa Superioridad.

Recomenzó el litigio con el mismo demandante y las mismas peticiones y fundamentos, con el señor Roberto Tobón por demandado, en su calidad de liquidador de Tobón & Cía., según se ve en el libelo de 4 de noviembre de 1926 (folios 1 a 3 del cuaderno 6º).

Esta demanda se reformó el 16 de mayo de 1928 en el sentido de dirigirse también contra el doctor Ramón Vanegas Mora, diciendo ser él liquidador de esa compañía junto con el señor Tobón (fols. 18 a 20 cdno. 6º).

El nuevo demandado respondió diciendo que había sido partidor nombrado por el Juez y no liquidador, y que la partición se hizo sobre inventario en que no intervino y que recibió ya practicado, por lo cual no tenía responsabilidad alguna por nada de lo relacionado con las peticiones y hechos de la demanda, y que para no incurrir él en pérdida de tiempo, ni imponerla a los litgantes, en vez de oponer excepción dilatoria, contestaba así, lo que sería, como efectivamente resultó ser, su única gestión en el pleito. Sobre cada uno de los hechos dijo "no me consta", salvo el relativo a haber sido partidor.

Así, pues, efectivamente el juicio se ha seguido sólo entre el demandante Guillén y Roberto Tobón demandado por sí y como liquidador que fue de Tobón & Cía. El 14 de febrero de 1934 dictó el Juez sentencia absolutoria sin costas para el demandante.

Apelada por éste, el 22 de octubre del mismo año el Tribunal dictó la confirmatoria que es materia del presente recurso.

Motivos

El Tribunal estima, con el Juzgado, que la acción incoada es reivindicatoria, y procede a la negativa fundándose en que no se demanda cosa singular; en que no hay, por tanto, por parte del demandado, la posesión necesaria, en su caso; y en que el actor no ha demostrado su dominio. Para esto último, razona el Tribunal en forma que, estudiando la escritura otorgada por Páez en favor de Guillén, encuentra que no constituye el contrato de cesión de derechos que este señor ha afirmado y que es la fuente de donde deriva su personería.

El recurrente acusa la sentencia por error de apreciación de ese instrumento, así como de los contratos en que intervinieron los prenombrados Gallo y Buitrago y, ante todo, de la demanda misma inicial de este pleito, y la acusa de violación de disposiciones sustantivas, tanto indirecta por efecto de aquellos errores, cuanto directa, ya por desacertada apreciación, ya por aplicación indebida, ya por haberlas dejado de aplicar.

Estas disposiciones y los conceptos a que acaba de aludirse son:

a) El art. 1973 del C. C. Los razonamientos al respecto se resumen así: Páez, arrendatario de las referidas rentas para el bienio comenzado con 1907, tenía como tal el derecho al uso y goce que le asegura ese artículo, y este derecho se lo arrebató Jesús M. Tobón para Tobón y Cía., la cual sociedad, o mejor, don Roberto Tobón, se benefició con los productos de ese arrendamiento en las citadas provincias para las cuales contrató con aquellos señores, de quienes don Roberto recibió sumas de dinero por valor de los cánones, con absoluta exclusión de Páez, a quien éstos pertenecían por ser el rematador arrendatario de esas rentas.

b) Los arts. 1618, 1620 y 1621 del C. C. y el 33 de la ley 57 de 1887. La acción instaurada, dice el recurrente, no es reivindicatoria, sino que contiene tres partes detalladas, así: la primera, de que dice haber podido prescindir, se puso sólo por claridad y método; en ella no solicita se le reconozca dueño del contrato expirado hace años, sino que de Páez había sido y que, no habiéndose él desapoderado de ello, cuanto de ello proviniese es de su cesionario; la demanda pidió, pues, dice el recurrente, se reconociera que Páez había sido el rematador y que Guillén es su cesionario para lo relativo a los derechos actuales que a ello corresponden y sus consecuencias, no para el contrato primitivo en sí mismo. En seguida, hecho ese reconocimiento, era consecuencia lógica —dice— excluir de los inventarios de un tercero (Tobón & Cía.) cuanto correspondía al cesionario de Páez por obra de aquel reconocimiento. Y a su turno, como consecuencia de esas dos peticiones y de su acogida, era lo lógico —agrega— que se decre-

tase la entrega al dueño (Guillén) de lo que por virtud de aquéllas se tiene que reputar suyo y que se halla en manos de un tercero poseedor actual, señor Tobón, como son los dineros producto de los cánones pagados por Gallo y Buitrago y recibidos por Tobón indebidamente, ya que su título a recibir lo deriva de la adjudicación que se le hizo en la liquidación de Tobón y Cía., a quien Páez no traspasó su referido contrato con la Nación. El recurrente, reforzando estos conceptos, dice: "No se ha pretendido reivindicar el derecho personal del arrendatario", sino que la justicia reconozca que, habiéndose apoderado indebidamente Tobón y Cía. de lo que era de Páez y percibido indebidamente ciertos productos, el demandado Tobón, en cuyas manos se hallan éstos, debe ser condenado a entregarlos a Páez en la persona de su cesionario.

Si al hacerse la cesión, el contrato de arrendamiento había expirado, es claro, dice el recurrente, que no fue este contrato lo cedido, pues no se podía ni pensar en tener, usar y gozar la cosa arrendada, ya inexistente; y a mayor abundamiento, por lo que hace a la claridad de lo cedido, el instrumento aludió al derecho contra Roberto Tobón por haber éste beneficiado lo que era de Páez.

De estas reflexiones es de donde deduce el recurrente el cargo de violación del art. 33 de la ley 57 de 1887, en cuanto se desconoce un efectivo contrato de cesión a pretexto de no poder cederse el derecho personal del arrendatario Páez y de no poderse reivindicar un derecho de esta clase.

Y de allí mismo deduce el cargo de violación de los arts. 1618, 1620 y 1621 del C. C., por haber interpretado el Tribunal, dice, ese contrato de cesión en forma reñida con la lógica, con sus expresiones mismas y con la obligación de descartar una interpretación que conduzca a dejar una cláusula sin efecto alguno, teniendo a la verdad un alcance efectivo.

A estos errores y a esta violación concurre, según el recurrente, la errónea apreciación de la demanda que la llama reivindicatoria de un arrendamiento cuando sólo es reclamo de lo que Tobón recibió y tomó y conserva para sí no siendo de él ni de Tobón y Cía., sino de Páez, hoy su cesionario, a saber: lo que por traspaso del derecho de Páez, no trasferido por éste a Tobón y Cía., vinieron a deber y pagar Gallo y Buitrago, todo lo cual vino a incluírse como de esta sociedad en su inventario y a adjudicarse en la partición a Roberto Tobón, sin causa justificada alguna; tal en resumen la afirmación del recurrente, quien agrega que la razón del Tribunal consistente en no haber sido Páez parte en los contratos con Gallo y Buitrago es un motivo más, no para la negativa, sino para acceder a la demanda, ya que uno de los principales fundamentos de ésta, por no decir el principal, es el de haber contratado los Tobón con esos señores y recibídoles su dinero, que era de Páez, a espaldas y sin intervención de Páez.

c) Violación, por haberlos aplicado indebidamente, no siendo reivindicatoria la acción incoada, de los arts. 946 y siguientes del C. C.

Para estudiar estos cargos se seguirá el orden indicado por el C. J. en su art. 537.

La demanda, tal como se formuló al iniciar la primera época referida de la presente contienda; tal como se formuló al comenzar ésta años después por virtud de la anulación ya dicha, y tal como este último libelo quedó definitivamente al reformársele, contiene uniformemente las tres peticiones de que se ha hablado, a saber: declaración de dominio en favor del demandante, exclusión del inventario de terceros y entrega por el poseedor actual.

Así las cosas y recordando cómo define la ley la acción reivindicatoria, no puede desconocerse que ésta fue la ejercitada o, por lo menos, que el demandante procedió al formular las súplicas o parte petitoria de su demanda en una forma tan ocasionada a verlo así, que, aunque se siguieran los conceptos de él ahora como recurrente en casación, no se podría estrictamente concluír de ahí que el Tribunal aplicara sin ser el caso el art. 946 y demás relacionados con esa acción, que dice violados en este concepto por la sentencia recurrida.

No se puede, por tanto, compartir el concepto actual del recurrente sobre aplicación indebida de esas disposiciones, dados los términos inequívocos en que la demanda tan sostenida y uniformemente se formuló en lapso que abarca varios años por obra de la anulación antedicha. Bien que la guía del sentenciador no puede menos de ser el libelo tal como quedó definitivamente y bien que con esto bastara a lo ya expresado, se trae a cuento aquella repetición uniforme en tiempo tan largo como un detalle sugestivo acerca del pensamiento que condujo al actor y que lo había conducido hasta ahora.

Sabido es que una vez atadas las partes litigantes con la demanda definitiva y con su contestación en su caso, ya no les es dado alterarla, y que, menos aún, le sería dado a una de ellas proceder así a pretexto o con

motivo del recurso de casación, cuya finalidad misma lo impide.

Con todo, se entra a considerar la nueva faz en que el recurrente presenta sus pretensiones, tanto porque ella cabe o es audible dentro de las referidas lindes de libelo y respuesta, cuanto porque en cada proceso debe tomarse en cuenta la calificación de la acción respectiva, principalmente si de ahí se deriva o puede derivarse la solución del problema de fondo. Dice el recurrente que la justicia se ha sacrificado aquí al nombre atribuído por el Tribunal a la acción y por la consecuecia que lógicamente derivó de ahí al llamarla reivindicatoria y al echar menos elementos a la verdad indispensables para ésta; pero que él no ha incoado tal acción, que esa denominación es inexacta y que, no teniendo consecuencialmente por qué exigirse los elementos de aquélla, es injusto el habérsele negado su derecho por ese error de calificación.

El empeño, en ocasiones innecesario, de dar determinado nombre a la acción ejercitada en una demanda puede determinar a veces una negativa desacertada por serlo el calificativo. Esto, por una parte, en relación con el art. 472 del C. J. y, por otra, lo que se verá en seguida en relación con ciertos antecedentes del mayor predicamento para este litigio y su fallo, son las circunstancias conducentes a estimar que es audible y por tanto debe estudiarse la faz con que presenta el actor sus pretensiones en el recurso que se está decidiendo.

Páez remató, con Roberto Tobón como fiador, en la licitación de 18 a 20 de agosto de 1906, las rentas de Boyacá y Tundama en el bienio siguiente;

Páez y Tobón, junto con Jesús María Tobón y Enrique Forero, constituyeron el 27 del mismo agosto la sociedad Tobón & Cía. con el preciso objeto de explotar eso mismo que acababa de rematar Páez. En la escritura social se estipula cierto pago periódico durante la compañía a Páez y Forero, en cuanto rigiera la hipoteca de bienes de éstos para asegurar las obligaciones nacidas de ese remate; y a mayor abundamiento, se obligó Páez a traspasar éste a la misma compañía una vez que se le adjudicara en firme.

Tal adjudicación en firme se le hizo el 27 del subsiguiente septiembre por la mencionada escritura Nº 1136.

El 17 del subsiguiente octubre, por escritura Nº 462 de la Notaría del Cocuy, Jesús María Tobón como administrador de Tobón & Cía. dio en arriendo a los prenombrados Gallo y Buitrago las aludidas rentas en las Provincias de Norte y Gutiérrez por lapso que incluyó el bienio antedicho, a que agregó los dos últimos meses de 1906.

Copia registrada de las escrituras de 1906 de que se viene hablando se halla en los siguientes lugares del proceso: la de agosto, en el cuaderno 3º, folios 8 a 11; la de septiembre, en el cuaderno 1º, folios 1 a 13; y la de octubre, en el cuaderno 2º, folios 18 a 22.

Por parte de Páez se ha invocado como eje y razón de su demanda la falta de traspaso de su contrato; en otras palabras: él sostiene por medio del señor Guillén, antes apoderado y ahora cesionario suyo, que cuanto adquirió por la licitación de agosto y la adjudicación en firme de septiembre de 1906, no salió de su patrimonio para entrar en el de la sociedad; y que, por tanto, cuanto de ahí provenga es suyo y no de otro, y Roberto Tobón recibió indebidamente cuanto se pagó por el contrato con Gallo y Buitrago y debe devolvérselo hoy a Páez en la persona de Guillén.

Si se opta por acoger esta afirmación cardinal de no haber traspasado Páez, no podría prosperarle esta alegación, fundada, por lo visto, en haber faltado él al deber que contrajo al respecto con la compañía en su misma escritura de fundación: nemo auditur propriam turpitudinem allegans.

Si Tobón & Cía., procediendo por sí y no a nombre de Páez, contrató con Gallo y Buitrago sobre pie que implicaba ser dueña aquella compañía de lo que con éstos contrataba, y si Páez era socio de aquélla, no puede menos de hallarse una aceptación, no por implícita menos efectiva, de ese hecho, cuya significación es decisiva al relacionarlo con el modo como había Páez hecho el remate, con la inmediata formación de esa sociedad con el cabal y único objeto de explotarlo y, sobre todo, con la obligación expresa que contrajo con la misma compañía de traspasárselo.

El lleno de determinadas formalidades para que ese traspaso surtiese efecto ante terceros, es una cuestión del todo ajena al presente pleito, en el cual, tratándose de contienda no con terceros sino entre las partes contratantes, la situación jurídica es distinta y da campo a que una aceptación tácita produca su efecto.

En rigor de verdad, en la faz con que hoy presenta sus pretensiones el actor se halla la acción de in rem verso, encaminada a impedir la consumación de un enriquecimiento sin causa, pues su principal argumento está en que el recibo por Tobón de los pagos mencionados constituye un enriquecimiento de esa calidad. A prevenirlo o corregirlo se

ha encaminado la jurisprudencia de todos los tiempos con preocupación justísima y creciente, de suerte que en la actual es mucho mayor la amplitud de las acciones o recursos de esa clase que la que hubo entre los romanos, por ejemplo, sin desconocer cómo ellos establecieron los varios de que son muestra la excepción y también acción de dolo, la condictio, en sus múltiples conceptos, etc.

La acción de in rem verso no puede prosperar ni tiene cabida con el solo hecho de que haya enriquecimiento de un lado, sino que necesita que haya empobrecimiento del otro, y no basta la existencia de estos dos factores, sino que se requiere su conjunción; más todavía, aun mediando ambos y relacionándose entre sí, puede no producirse, ya porque haya habido ánimo de liberalidad que excluye el cobro ulterior, ya porque la ley confiera acciones distintas, que naturalmente excluyen ésa, meramente subsidiaria, o autorice el enriquecimiento en referencia, como sucede v. gr. con la prescripción, con la prohibición de repetir lo dado por causa ilícita, o en relaciones como la de que es ejemplo la del art. 1991 del C. C. Al hablarse de ese enriquecimiento se agrega "sin causa", lo que claramente indica cómo no pueden englobarse dentro de los casos de él aquellos en que sí es causado, como por ejemplo, los de prestaciones nacidas de contratos, a que ya se aludió.

Así las cosas, no es aceptable que Páez, sea por sí o por interpuesta persona, que para el efecto da lo mismo, venga a ejercitar como aquí dice ahora haberlo hecho, no una acción reivindicatoria contra cuya calificación protesta, sino una distinta, encaminada simplemente a que Roberto Tobón no conserve, sino que le devuelva, aquello con lo cual se enriqueció indebidamente a expensas suyas.

Y no es aceptable la pretensión, aun descartando el calificativo de acción reivindicatoria, por todo lo que queda expuesto en relación con el remate por el cual la adjudicación se hizo sólo a Páez, quien breves días después constituye una sociedad con el exclusivo fin de explotar eso mismo, a la cual se obliga a trasferirlo apenas lo tenga en forma definitiva, y quien, socio de esa compañía, vio que en seguida ella por medio de su gestor daba en arrendamiento parte de aquello mismo, sin objetar nada ni oponerse entonces sino aceptando esto tácitamente, para reclamar después fundándose en no haber cumplido su expresa obligación de traspasarlo a esa misma sociedad formada, repítese, con ese cabal objeto y con Páez como socio.

Corroborando los conceptos que acaban de expresarse, militan estas otras circunstancias:

El 8 de mayo de 1914 los señores Jesús María Tobón y Pedro Martín Páez en nombre propio, e Ignacio Guillén, como apoderado del señor Enrique Forero, otorgaron ante el Notario 1º de Bogotá la escritura Nº 495 (cuaderno 9º, folios 1 y 2) en que se declaran en entera libertad de nombrar liquidador y manifiestan aceptar la renuncia que de este cargo dicen haber pronunciado el señor Roberto Tobón en escritura de 6 de septiembre de 1910.

El 16 del mismo mayo, a solicitud de Jesús María Tobón, se ordenó por el Juez la liquidación de la prenombrada compañía y a ello fueron citados personalmente el señor Páez y los demás socios (folios 6 y 7 ibidem).

El 21 de abril de 1917 tuvo lugar la primera diligencia de inventario de los bienes sociales (cuaderno 2º, folios 3 y siguientes), en el que se incluyeron la renta misma en referencia (Boyacá y Tundama) y el crédito referido a cargo de Gallo y Buitrago. En ese acto se opuso Páez a tal inclusión, alegando la falta de traspaso tántas veces aquí citada; y la oposición no le prosperó; de suerte que los inventarios se aprobaron en auto que pone de presente cómo quedó ejecutoriado lo resuelto con motivo de aquella diligencia (cuaderno 3º, folios 21 y 22).

La partición de los bienes de la misma compañía se hizo por demanda de Jesús María Tobón notificada a los demás socios, como se ve en la copia de folios 23 y 24 del cuaderno 3º, en donde obra la notificación personal a Páez. Esa partición se aprobó como se ve en la copia de folios 3 vuelto y siguientes del cuaderno 12.

Cuando el señor Roberto Tobón inició ejecución contra los señores Gallo y Buitrago por los cánones del citado contrato con éstos, el señor Páez quiso hacerse parte invocando la tántas veces dicha falta de traspaso, por lo que estimó entonces que este contrato se habría hecho obrando el arrendador como agente oficioso de Páez. El Juzgado negó esta solicitud por no ser Páez contratante, según auto de 28 de enero de 1915 que vino a notificarse en mayo de 1916, el 23 de los cuales se dictó auto que niega la revocación de aquél (cuaderno 3º, folios 1 y 2).

También se negaron las tercerías que Páez quiso introducir en ese juicio ejecutivo (folios 3 y siguientes ibidem).

Roberto Tobón y Olimpo Gallo otorgaron la escritura número 250 de 23 de abril de 1914 en la Notaría 5ª de Bogotá (cuaderno 2º, folio 7 y siguientes), en que fijan el valor del crédito en $ 10,500, de los cuales Gallo pagó $ 3,500, por lo cual quedaron pendientes sólo $ 7,000. Y el 20 de marzo de 1929, según escritura número 268 de la misma Notaría, Tobón y la señora viuda de Gallo, por haberle pagado ella $ 6,800, declaran terminada toda acción y responsabilidad contra Gallo y su sucesión, no sin dejar a salvo los derechos de Tobón contra Buitrago. Esta escritura forma los folios 7 a 12 del cuaderno 2º y también se halla en el 8º (folios 3 a 9).

Páez por sí y Guillén como su apoderado tuvieron conocimiento de los hechos enumerados hasta aquí anteriores al 8 de abril de 1920, fecha en que otorgaron la citada escritura número 1049, en que aquél dice ceder al actual demandante cuanto ella expresa.

Tobón recibió en vía de transacción, como producto o valor del crédito contra Gallo y Buitrago los referidos $ 9,800. El proceso no suministra elementos para precisar, así las cosas, cuanto correspondió en esta cantidad a cada período. El contrato con estos señores no se limitó al bienio de 1907 y 1908, sino que incluyó además los dos últimos meses de 1906, que no correspondían a lo rematado por Páez. Por otra parte, el demandante mismo advierte que lo tocante al tiempo posterior al 7 de febrero de 1907, fecha en que el remate se declaró quebrado por la Nación, es de cargo de ésta o a ella corresponde.

Por tanto, aun en el concepto de que por no obrar aquí la comprobación de haberse llenado las formalidades o solemnidades necesarias para traspasar Páez a Tobón & Cía. el remate o por haber faltado ellas efectivamente, debiera en principio reconocerse a Páez, hoy Guillén, el derecho reclamado en este juicio, ni aun así podría condenarse por suma precisa, siendo así que se ignora cuánto correspondería, dentro de tal concepto, en los $ 9,800 a dicho mes de enero y siete días de febrero o si a este solo lapso correspondería ese total.

Todo indica que se trata de cuestión entre Páez, hoy Guillén, y Tobón & Cía. no planteadas ni formuladas como tales y sobre las cuales, por lo mismo, nada puede aquí decidirse, ya que de lo contrario el juzgador estudiaría algo extraño al pleito, saliéndose de las lindes que le traza el C. J. en su art. 471. Así, por ejemplo, la partición que adjudicó a Tobón el crédito antedicho no ha sido en sí misma materia del pleito. Si la Corte ha entrado en consideraciones relativas a ciertos rasgos y antecedentes relacionados con ella, esto se debe, como ya se advirtió, a la forma y faz en que el demandante presenta su demanda en este recurso, y por otra parte, a lo que preceptúa el art. 481 del mismo Código. No pudiéndose considerar del todo reñida esa faz o interpretación actual con los términos en que quedó redactado el libelo, debía la Corte entrar a considerarlo desde aquel punto de vista, porque si desde éste se hallaba efectivamente para el demandante el derecho que pretende y por tanto, que le asiste la acción ejercitada, se evitaría la injusticia materia de su reclamo, la que provendría del empeño de calificar de reivindicatoria esa acción, sin serlo, según él.

Queda visto que, aun siguiendo por vía de estudio su concepto sobre que no es reivindicatoria esa acción, tampoco pueden decretarse los pedimentos de su demanda.

Así, pues, aun en el supuesto de que ésta hubiera suplicado lo que ahora dice el recurrente y tal como ahora él lo significa y la interpreta, y aunque la hubiera incoado Páez mismo sin interpuesta persona, la conclusión habría sido absolutoria para el demandado Tobón.

Por donde se ve que, aunque se acogiera el cargo relativo a aplicación indebida de los arts. 946 y siguientes del C. C., no habría lugar a casar la sentencia recurrida, ya que, por lo que acaba de decirse, aun así el resultado sería el mismo, y la Corte tiene establecido que su labor o misión preceptuada por el art. 519 del C. J. queda cumplida estableciendo la doctrina del caso en la parte motiva del fallo, sin necesidad para ello de casar el del Tribunal, cuando al casarlo habría de llegar a la misma parte resolutiva a que llegó éste.

El cargo de violación del art. 53 de la ley 57 de 1887 y de los arts. 1618 a 1621 del C. C., aunque se siguieran los conceptos formulados al respecto por el recurrente, tampoco sería admisible, entre otras razones, porque, ni aun así, se habría de casar por ello la sentencia recurrida. Ella misma advierte que sus reflexiones sobre el contrato entre Páez y Guillén las hace a mayor abundamiento. El recurrente sostiene que el tras-

paso que acaba de citarse incluyó el crédito contra Gallo y Buitrago; y ya queda visto cómo, aunque Páez mismo fuera el demandante, la demanda no podría prosperar. Por tanto, lo que se piense acerca de los alcances del traspaso que hizo a Guillén no puede tener el de atribuír a éste una acción de que aquél carecía.

Se rechaza, pues, este otro cargo.

Otro tanto y por la misma razón es de observar respecto del cargo de violación del art. 1973 del C. C. Además, es de advertirse que el Tribunal no dice que Páez no fuera rematador y no adquiriera los correspondientes derechos en el contrato suyo con la Nación, sino que el contrato con Gallo y Buitrago es distinto, no se celebró con Páez y de por sí no da acciones a éste, cualesquiera que fueron las correspondientes a aquel otro contrato (el del remate).

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 esta causa por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el veintidós de octubre de mil novecientos treinta y cuatro.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Antonio Rocha, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J., Juan Francisco Mújica, Eduardo Zuleta Angel. El Conjuez, **Emilio Ferrero. Emilio Prieto Hernández.** Srio. int.

DEMANDA DE LIQUIDACION DE UNA SOCIEDAD Y DE NOMBRAMIENTO DE LIQUIDADOR.—INTERPRETACION DE LA DEMANDA.—EMBARGO DE INTERES SOCIAL.—POSICION JURIDICA DEL SUBROGATARIO EN EL INTERES DE UN SOCIO DE UNA SOCIEDAD DISUELTA.—ESTADO LEGAL DE UNA SOCIEDAD EN LIQUIDACION. — DEMANDA DE LIQUIDACION DE UNA SOCIEDAD

Cuando una demanda adolece de cierta oscuridad es susceptible de ser interpretada por el juzgador, con el fin de que sostenga un derecho y siempre que la interpretación no varíe ni modifique los capítulos petitorios del libelo. 2. El artículo 505 del C. Ja. no se opone, sino antes bien permite, que el interés social en una sociedad disuelta sea embargado. 3. En las sociedades anónimas un tercero, que puede ser acreedor de éste, queda haciendo parte de la sociedad. En las colectivas el acreedor de un socio puede obtener el embargo del interés que en la sociedad vigente tuviere el socio deudor, y no sólo tiene derecho a que se entregue al tiempo de la división social la parte del interés del socio deudor, sino a perseguir lo que a este socio le corresponda por utilidades o dividendos conforme a la escritura social. Si ha embargado el interés de éste tiene la facultad de intervenir en la liquidación y partición de la sociedad disuelta, porque de otra manera podría ser ilusorio su derecho. 4. El subrogatario en el interés de un socio en una sociedad colectiva tiene derecho a intervenir en la liquidación y partición de ella, no en su carácter de socio, que no le tiene, sino de subrogatario en el interés del socio deudor. 5. La disolución de la sociedad no lleva la desaparición inmediata de su personalidad jurídica, porque es necesario que el patrimonio social guarde su individualidad hasta que la liquidación se termine. La personalidad sobrevive a la sociedad para los efectos de la liquidación. Una vez terminadas las operaciones de liquidación hay lugar a partir entre los asociados los bienes que constituyen el patrimonio social. El embargo del interés de un socio no se hace suyo, pero sí está interesado en el haber social. 6. En la demanda de liquidación de una sociedad queda incluída la partición o la demanda de partición del haber social.

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

(Magistrado ponente: Dr. Liborio Escallón)

Por escritura pública número 52 de ocho de enero de mil novecientos diez y ocho, otorgada ante el notario primero del Circuito de Medellín, se constituyó la sociedad regular colectiva de comercio, denominada Luis Restrepo M. y Cía., por un término de diez años, con un capital de cien pesos, distribuído entre los socios Luis, Víctor, Lucio, Emilio y Enrique Restrepo M.

Por escritura 5552 de doce de diciembre de mil novecientos veintiocho, otorgada ante el notario segundo del Circuito de Medellín, se declaró disuelta la sociedad y en estado de liquidación, y se nombró liquidador al socio Luis Restrepo M. Este acto se llevó a cabo con intervención del doctor Aquileo Calle, como curador interino del socio ausente Lucio Restrepo M.

Alfredo Chavarriaga adquirió, por remate, los derechos del socio Lucio Restrepo M., el diez de julio de mil novecientos veintinueve, y fue declarado subrogado en tales derechos, por auto de seis de agosto de mil novecientos veintinueve.

Basado en estos hechos fundamentales, el mencionado Chavarriaga pidió, en demanda repartida al juez del Circuito de Medellín, "que se sirva declarar de plano la liquidación judicial de la sociedad disuelta, Luis Restrepo M. y Cía., nombrando al efecto liquidador correspondiente, por cuanto los socios no estamos de acuerdo en que la liquidación se haga extrajudicial, y por cuanto no estamos de acuerdo en el nombramiento de liquidador, disponiendo en el mismo acto que al liquidador que se nombre se le entreguen todos los libros y papeles de la sociedad".

El juez del conocimiento, en fallo de diez y seis de noviembre de mil novecientos treinta y dos, no accedió a lo solicitado por el demandante Chavarriaga y además lo condenó en costas.

El fallo en referencia fue confirmado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en sentencia de dos de julio de mil novecientos treinta y cuatro, contra la cual interpuso Chavarriaga recurso de casación.

EXAMEN DE LA DEMANDA

Antes de entrar en el estudio del recurso es conveniente determinar o interpretar la intención del actor.

Sabido es que una demanda, cuando adolece de cierta vaguedad, es susceptible de ser interpretada por el juzgador, con el fin de no sacrificar un derecho y siempre que la interpretación no varíe ni modifique los capítulos petitorios del libelo. En la interpretación de una demanda, ha dicho la Corte, existe el poder necesario para ir tras lo racional y evitar lo absurdo. De los hechos, premisas de la petición del actor, se deduce que éste no invoca su calidad de socio, sino el interés que tiene en intervenir en la liquidación de la sociedad Luis Restrepo y Cía., por ser dueño de los derechos del socio Luis Restrepo M. El capítulo petitorio de la demanda no suplica una declaración de socio en dicha compañía, sino que solicita la liquidación de ésta en forma judicial. El argumento del actor, consistente en que es socio, no forma un todo indivisible con la petición, cuya esencia es la que se acaba de expresar. Puede ese argumento ser impertinente, pero en ningún caso perjudica su petición, en sí misma considerada. El pensamiento, la intención del recurrente, se destaca aún más y coadyuva a la interpretación que la Corte da a la demanda, con el siguiente aparte, contenido en el recurso de casación: "Si yo tengo derecho a percibir el interés de Lucio Restrepo, tengo acción para intervenir en la forma legal de la definición y determinación de ese interés".

Este punto y en el sentido que acaba de expresarse quedó resuelto durante el curso del juicio. La Corte interpreta la demanda en el sentido de la efectividad del interés que señala el actor y no en el sentido de que éste se haya presentado como socio.

LA SENTENCIA ACUSADA

La constitución de la sociedad Luis Restrepo M. y Cía., lo mismo que su disolución, están debidamente acreditadas. En la escritura de disolución y liquidación de dicha sociedad figuró Aquileo Calle H., en representación, como curador, del socio ausente Lucio Restrepo M. y la partición se llevó a efecto según consta en la escritura 231 de veintiocho de enero de mil novecientos treinta, pasada ante el notario 2º de Medellín con intervención de todos los interesados. En ella apareció una deuda en contra de Lucio Restrepo M. y a favor de la compañía mencionada, por once mil cuatrocientos sesenta y dos pesos con diez y ocho centavos, siendo su cuenta de capital, según esa liquidación, la de dos mil seiscientos once pesos, cincuenta centavos; como ya se dijo, antes de verificarse la liquidación de la sociedad, el diez de julio de mil novecientos veintinueve, Alfredo Chavarriaga remató por ciento cuarenta pesos en el ejecutivo que el seguía a Lucio Restrepo M., en el juzgado 3º del Circuito de Medellín, el derecho que este socio tenía en la sociedad prenombrada, y el juez en auto de seis de agosto de mil novecientos veintinueve declaró que Alfredo Chavarriaga se había subrogado en los derechos que Lucio Restrepo M. tenía en la sociedad; finalmente cuando se otorgó la escritura 5552 de doce de diciembre de mil novecientos veintiocho, en la cual los socios nombraron de común acuerdo liquidador de la sociedad a Luis Restrepo M., Chavarriaga no había adquirido los derechos de Lucio Restrepo.

Son estas cuestiones de hecho plenamente acreditadas en los autos e incontrovertidas por las partes.

La sentencia recurrida se funda en lo siguiente: a) en que así como la acción de partición del caudal hereditario sólo compete a los coasignatarios y en ningún caso a los acreedores del causante, de la misma manera sólo compete a los socios la acción para intervenir en la liquidación de una sociedad; b) que no pudiendo haber adquirido el demandante el carácter de socio de la sociedad Luis Restrepo M. y Cía., no tiene acción para intervenir en la liquidación de ésta, y c) en que según el artículo 505 del C. de Co., sólo es dable retener, no embargar, la parte del interés que en la sociedad tuviere el socio.

Basado en esas premisas, el Tribunal confirmó el fallo del inferior, que negó las pretensiones de la parte actora.

Tanto por vía de doctrina, como por lo que atañe al recurso, la Corte debe analizar los extremos de la sentencia y hacer las rectificaciones doctrinales del caso.

EMBARGO DEL INTERES SOCIAL

Al tenor del artículo 505 del C. de Co., los acreedores personales de un socio no podrán embargar durante la sociedad el aporte que éste hubiere introducido. Este principio es obvio, porque el aporte es de la sociedad y no del socio. Pero es muy distinto el interés del socio, el cual está al al-

cance de los acreedores de éste. Desde que existe el derecho de retención del interés es porque éste se puede embargar; la retención no es sino la forma de verificar el embargo en casos como éste. Vale la pena observar que el artículo 738 del C. de Co., relativo a cuentas corrientes, identifica los vocablos retención y embargo. Además, el interés de un socio en la sociedad no está incluído entre los bienes inembargables.

De lo anterior resulta lo siguiente, a juicio de la Corte: el artículo 505 del C. de Co. no se opone, sino antes bien permite, que el interés social en una sociedad disuelta sea embargado.

POSICION JURIDICA DE QUIEN EMBARGA EL INTERES DE UN SOCIO

Sobre este particular es necesario hacer una distinción fundamental, considerando si se trata de una sociedad anónima o de una sociedad colectiva. En la primera, en que tiene papel esencial el factor llamado por algunos intuitu pecuniae y en que el elemento personal carece de importancia, el acreedor de un accionista que adquiere por cualquier título las acciones de éste, queda por ese mismo hecho accionista de la compañía anónima, consultando por otra parte sus estatutos. Así pues un tercero, que puede ser acreedor de un accionista cuando adquiere, en la forma debida las acciones de éste, queda haciendo parte de la sociedad anónima.

En las sociedades colectivas, en las cuales el factor intuitu personae es el que predomina y en las que el principio de la solidaridad liga a los socios entre sí, el fenómeno jurídico que se presenta es distinto, y precisa para mayor claridad distinguir entre la sociedad en curso y la sociedad disuelta.

El acreedor de un socio puede obtener el embargo del interés que en la sociedad vigente o en curso tuviere el socio deudor. Comunicado este embargo al gerente o representante de la sociedad, debe acatar la orden judicial, haciendo la retención del caso. El acreedor, en el extremo que se contempla, no sólo tiene derecho a que se entregue al tiempo de la división social la parte del interés del socio deudor, sino también a perseguir lo que a este socio le corresponda por utilidades o dividendos conforme a la escritura social.

El acreedor de un socio que ha rematado el interés de éste y se ha subrogado en sus derechos, tiene la facultad para intervenir en la liquidación y partición de la sociedad disuelta, porque de otra manera podría ser ilusorio su derecho.

En ninguno de los dos casos anteriores el acreedor puede ser considerado como socio, por lo que ya se ha expresado; pero el interés del acreedor, en el primer caso, le da derecho a la retención y en el segundo, a la intervención en la partición del caudal social.

De lo anterior se deduce esta conclusión: el subrogatario en el interés de un socio en una sociedad colectiva tiene derecho a intervenir en la liquidación y partición de ella, no en su carácter de socio, sino de subrogatario en el interés del socio deudor.

A mayor abundamiento, cabe observar que el Código de Comercio en su artículo 24 obliga a todo comerciante en primer término: "a denunciar a sus acreedores la liquidación de toda sociedad, sea legal o convencional, en que puedan intervenir como partes"; y en su artículo 26 confiere a los acreedores el derecho de "intervenir" como partes legítimas en todas las liquidaciones que interesen a su deudor".

No cabe duda, por lo tanto, que Chavarriaga, acreedor del socio Restrepo y además y particularmente rematador de los derechos de éste en la referida sociedad, en que quedó subrogado, según providencia del juzgado ante el cual se seguía el juicio ejecutivo en que se celebró tal remate, adquirió el derecho de intervenir en la liquidación de que se trata.

Los conceptos expresados hasta aquí coinciden con los de los comentadores de disposiciones análogas en la legislación francesa. Así por ejemplo, se ve en la obra de René Gain (Guide formulaire des Societés Commerciales), edición de 1925, de donde se toman estos conceptos:

"Sabemos, además, que los acreedores pueden de manera general ejercer indirectamente los derechos de sus deudores en virtud del artículo 1116 del C. C. (el francés). Pero mientras dure la sociedad, hay varios de esos derechos cuyo ejercicio les está prohibido, y son los que se refieren a la persona de su deudor en la sociedad. Así, no podrían formar parte de las deliberaciones de los asociados, no podrían ejercer en el lugar y puesto de sus deudores las funciones de gerente; no podrían intervenir en ninguna forma en la dirección o vigilancia de la sociedad; no podrían pedir la liquidación en el caso de que esta atribución le esté conferida al socio deudor; no podrían tomar la parte de éste en la sociedad".

"Pero sí tendrían el derecho de aprehender por medio de un decreto de embargo, por ejemplo, los dividendos que haya de recibir su deudor o los emolumentos a que pueda tener derecho como gerente particular. Después de la disolución de la sociedad podrían demandar la partición y la liquidación indirectamente, en el lugar y puesto de su deudor, cuyos intereses vigilarían en su interés propio". (Pág. 67).

El Tribunal, a juicio de la Corte, no enfocó el problema debidamente, sino que lo contempló por un extremo que nada tiene que ver con lo que discute, en el fondo, en este litigio. Consideró que el demandante Chavarriaga no tiene por el hecho del remate la calidad de socio en la sociedad colectiva Luis Restrepo y Cía., lo cual es exacto; pero no contempló la cuestión fundamental, a saber: la posición jurídica de un acreedor subrogatario en el interés de un socio, en una sociedad disuelta.

El magistrado disidente doctor Belisario Agudelo, aun cuando en su salvamento no llegó a una conclusión, sí señaló, en términos generales, el verdadero problema jurídico en este juicio y por eso dice: "La sentencia muestra que quien remata el derecho de un socio no adquiere el carácter de socio, porque tratándose de un contrato *intuito personae*, no puede incorporarse un tercero contra la voluntad de los consocios, hecho cierto; pero esa demostración está fuera de lugar y es además inoficiosa o sin consecuencia alguna en el presente caso, pues estando legalmente disuelta la sociedad Luis Restrepo y Cía., desde antes del remate hecho por el señor Chavarriaga, y existiendo entonces jurídicamente una comunidad, lo procedente era demostrar que ese remate no daba al rematador el carácter de condueño en el patrimonio de la extinta sociedad.... En la sentencia debió demostrarse la situación jurídica de los bienes de una sociedad disuelta; si la persona que adquiere derecho o cuotas en aquella universalidad de bienes, tiene derecho a intervenir en la partición o no".

ESTADO LEGAL DE UNA SOCIEDAD EN LIQUIDACION

Las consecuencias de la personalidad de una sociedad, según apuntan con mucha razón los profesores Colin y Capitant, son: a) los bienes aportados a una sociedad no están divididos entre los asociados, sino que forman un patrimonio distinto del de cada uno de éstos y pertenecen al sér moral; de ahí que los bienes sociales son prenda exclusiva de los acreedores de la sociedad; b) la sociedad está representada por sus gerentes y administradores y c) la sociedad es capaz de adquirir todos los derechos de patrimonio.

Estas tres consecuencias surgen y son indiscutibles en el derecho colombiano, como el francés, al tenor de los artículos 2079, 2087, 2097, 2105, 2108 del C. C. y 493, 517, 518, 525 del C. de Co. nuestros.

Las consecuencias de la disolución de una compañía, según los mismos expositores, son las siguientes: a) sobrevive la personalidad jurídica y b) viene como consecuencia del haber social, consecuencia que también emana de las disposiciones positivas de la ley colombiana.

Respecto de la primera consecuencia, se observa: la disolución de la sociedad no lleva la desaparición inmediata de su personalidad jurídica, porque es necesario que el patrimonio social guarde su individualidad hasta que la liquidación se termine; de otra manera los acreedores sociales podrían perder el beneficio de su prenda exclusiva. La personalidad sobrevive a la sociedad para los efectos de la liquidación. Esta consecuencia, en los términos limitados que acaban de expresarse, que es la sostenida por la doctrina francesa, tiene también, como ya se ha dicho, apoyo en la ley y en la doctrina colombianas.

En efecto: el liquidador de una sociedad es un verdadero mandatario (art. 537 del C. de Co.) y según el artículo 540 de la misma obra, el liquidador tiene entre otros deberes el de continuar y concluir las operaciones pendientes al tiempo de la disolución, y de cobrar los créditos activos y percibir su importe, lo cual no se ve cómo pudiera efectuarse, si la personalidad de la sociedad desapareciera automáticamente por el solo hecho de la disolución de aquélla.

En sentencia de veintiuno de marzo de mil novecientos veintidós, la Corte sostuvo que a la disolución de una sociedad, sigue un estado que la ley llama de liquidación, en que los socios continúan ligados por un lazo jurídico, mediante el cual están sujetos a derechos y obligaciones recíprocas emanadas de la sociedad extinguida; en fallo de quince de diciembre de mil novecientos treinta y tres, la Corte decidió que cuando una compañía está en liquidación, su personería jurídica radica en el liquidador; por último, en sentencia de siete de noviembre de mil novecientos treinta y cinco, que corre publicada en los números 1901 y 1902 de la GA-

CETA JUDICIAL, se estableció y demostró, corroborando la doctrina anterior, que la sociedad disuelta conserva su personalidad para los efectos de la liquidación y así se deduce de los artículos 587, 540 y 541 del C. de Co.

La doctrina, pues, es copiosa al respecto y ha sido seguida por varios Tribunales Superiores, como el de Bogotá.

Respecto de la segunda consecuencia se observa: una vez terminadas las operaciones de liquidación, hay lugar a partir entre los asociados los bienes que constituyen el patrimonio social. El artículo 1872 del C. C. francés establece a este respecto la misma regla que el 2141 del C. C. colombiano y entonces ciertas normas de distribución del caudal hereditario y ciertas obligaciones del partidor, se aplican al liquidador de la sociedad.

Entre estas últimas está la obligación del partidor de formar la hijuela de gastos para cubrir los créditos de los acreedores, y el artículo 1393 del C. C. sería aplicable a este caso.

Pagadas las deudas sociales, el remanente se distribuye entre los socios a prorrata de sus derechos y entonces los acreedores de un socio hacen efectivos sus créditos sobre la cuota que al socio deudor le corresponda, y a juicio de la Corte, el acreedor subrogado en los derechos de un socio, tiene derecho para que se adjudique lo que a éste correspondería.

De lo anterior surge esta otra conclusión: el rematador del interés de un socio no se hace socio, pero sí está interesado en el haber social.

Finalmente y para mayor claridad, la Corte observa que el carácter de acreedor de un socio en una sociedad colectiva o de subrogatario de un socio en la sociedad, no da al simple acreedor ni al subrogatario ninguna ingerencia en la sociedad, ni intervención de ninguna naturaleza durante la existencia de ésta. Los derechos del acreedor se hacen efectivos de dos modos: a) Durante la existencia de la sociedad el acreedor obtiene la retención del interés del socio deudor, que puede consistir en dividendos, emolumentos, etc., etc.; b) Cuando la sociedad entra en liquidación, el acreedor subrogatario puede intervenir en ésta, para obtener la efectividad de sus derechos.

Expuesta la doctrina que la Corte cree ser la legal sobre este asunto y rectificadas algunas apreciaciones del Tribunal fallador, procede ahora al estudio de los motivos de casación.

MOTIVOS

El recurrente acusa la sentencia por el primero de los indicados en el artículo 520 del C. J. y cita como infringido, ya directamente, ya por aplicación indebida, el artículo 505 del C. de Co.

Como infracción directa señala el concepto de la sentencia en que se sostiene que no se puede embargar el interés de un socio y como interpretación errónea, en cuanto el Tribunal considera que el acreedor subrogado no tiene derecho a intervenir en la división del haber social. Además, el recurrente estima infringido el mismo artículo 505, por cuanto la sentencia lo aplica no a la sociedad vigente, sino que la extiende a la sociedad disuelta.

Realmente la sentencia está apoyada en el artículo 505 del C. de Co. y el Tribunal Superior de Medellín negó el derecho al demandante fundado en que el interés de un socio no es embargable; no hizo la distinción entre una sociedad vigente y una en liquidación, no parando mientes en que el artículo 505 se refiere a las sociedades vigentes, y por último aplicó el artículo 505 en el concepto de que el demandante alegaba su calidad de socio, en la sociedad colectiva Luis Restrepo M. y Cía.

Las acusaciones del recurrente, de acuerdo con lo expuesto en la parte anterior de esta sentencia, son fundadas y llevan por lo tanto a la casación de la del Tribunal por violación del artículo 505 del C. de Co. en los conceptos señalados por el recurrente, lo cual es suficiente, sin necesidad de entrar al estudio de otros motivos, de conformidad con el artículo 537 del C. J.

Mas para mayor abundamiento e ilustración del asunto la Corte cree pertinente citar los siguientes apartes de la obra de René Gain (páginas 131 y 138) citada arriba:

"Una vez disuelta la sociedad no falta sino partir entre todos los asociados el activo social. Para determinarlo se procede a la liquidación, que consiste en pagar las deudas sociales y cobrar los créditos, en una palabra, transformar el activo en dinero líquido. Por otra parte, el liquidador concluye, porque esto va en interés de todos, las operaciones sociales comenzadas. Sucede a veces que se parte el activo social sin proceder a la liquidación. En este caso los socios reparten entre sí los bienes sociales y las deudas".

Al interrogante sobre quién puede demandar la partición, responde el mismo autor: "Todo socio, sus herederos y sus acreedores pueden demandar judicialmente la partición de la sociedad disuelta o anulada y para ello

hacer que se proceda a pedir que se provea a la liquidación a menos que intervenga un acuerdo común para partir sin liquidación previa".

Y agrega en seguida este concepto, de singular significación, para el caso presente: "Los acreedores de un socio, para evitar que la partición se haga en fraude de sus derechos, pueden intervenir en ella a su costa y oponerse a que a ella se proceda sin su intervención".

Por otra parte, los profesores C. Haupin y H. Bosvieux, en su obra Traité General des Societés Civiles et Commerciales et des Associacions (edición de 1935), sostienen la misma doctrina, y si la Corte ha citado la doctrina y los expositores franceses en esta sentencia, es por las marcadas analogías del C. de Co. francés y el C. colombiano del Comercio, que por varios aspectos es más completo que el código francés citado

SENTENCIA DE INSTANCIA

De conformidad con lo preceptuado por el artículo 538 del C. J. es pertinente dictar la sentencia de instancia que ha de finalizar este litigio.

CUESTION DE HECHO

Las cuestiones de hecho, como ya se dijo, no han sido controvertidas en el juicio y están debidamente acreditadas. Son: a) formación de la sociedad colectiva Luis Restrepo M. y Cía. entre éste y los señores Víctor, Lucio, Emilio y Enrique Restrepo M.: b) liquidación de esa sociedad y nombramiento del socio Luis Restrepo como liquidador; c) acta de liquidación y adjudicación del haber social entre los socios; d) remate que el demandante Alfredo Chavarriaga hizo de los derechos del socio Lucio Restrepo M. ante el juzgado de Medellín y subrogación de aquél en los derechos de éste.

CUESTION DE DERECHO

La motivación de este fallo queda en su mayor parte formulada ya con lo expuesto antes, a lo cual basta añadir algunas consideraciones:

En la liquidación o en la demanda de liquidación de una sociedad queda incluída la partición o la demanda de partición del haber social. La partición es el epílogo de la liquidación y se hace por el liquidador. No hay texto expreso ni en el código francés ni en el colombiano que hable de la partición: el único artículo que al respecto se refiere a ésta es el 1872 del francés igual al 2141 del colombiano. Pero dada la naturaleza y finalidad de la liquidación de una sociedad, se impone la partición o distribución del acervo social, operaciones éstas que verifica el liquidador.

Puede ocurrir que se haga una liquidación sin que se verifique la partición y entonces sobre las operaciones de aquélla tiene lugar ésta y la acción para demandarla radica en los socios o en los acreedores. Por eso la petición del actor es pertinente porque aun cuando demanda en globo la liquidación de la sociedad que ya está hecha, tiene acción para demandar la partición, la cual no se ha verificado judicialmente.

Pero cabe observar, no sólo para efectos de esta sentencia, sino como tesis, lo siguiente: Cuando un socio es subrogado o un acreedor, éste no puede demandar la retroactividad de las operaciones llevadas a cabo por la sociedad o por sus gestores o liquidadores, antes de tener el carácter de acreedor subrogatario. El acreedor subrogatario toma las cosas en el estado en que se encuentran en el momento en que adquiera ese carácter; y finalmente los acreedores de un socio, sean o no subrogatarios, no pueden intervenir en los asuntos que son de competencia de la sociedad vigente.

Aplicando lo anterior al caso presente, se encuentra que la liquidación de la sociedad Luis Restrepo M. y Cía. fue hecha por todos los interesados y que el ausente Lucio Restrepo estuvo representado en ese acto por su curador Aquileo Calle; luego este acto de liquidación de la sociedad es intocable lo mismo que el acto por el cual los socios nombraron liquidador al señor Luis Restrepo M., porque a esos actos concurrieron todos los socios y el socio ausente Lucio Restrepo concurrió en virtud de la representación del expresado doctor Calle.

Resumiendo todo lo anterior, la Corte deduce estas conclusiones:

1º—El artículo 505 del C. de Co. no se opone a que el interés social de un socio, en una sociedad colectiva disuelta, sea embargado y rematado.

2º—El rematador no se hace socio, pero sí interesado en el haber social.

3º—Como interesado, tiene derecho a pedir la liquidación y partición judiciales, sin que sea óbice el que por impericia invoque el carácter de socio.

4º—El nombramiento escriturario de liquidador en la persona de Luis Restrepo M. no puede desconocerse por el rematador a causa de haber sido hecho por unanimidad de los socios representado el ausente por su curador antes de que se efectuara el remate.

5º—Las operaciones de liquidación hechas por el liquidador, con autorización de todos los socios, no pueden ser desconocidos por el rematador, que, como lo observa el Tribunal, en este caso, no se hizo presente cuando los socios decretaron la liquidación ni cuando el liquidador practicó las consiguientes operaciones y ejecutó los consiguientes actos de tal, hasta llegar el momento y estado de procederse a la partición.

F A L L O

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 de fecha dos de julio de mil novecientos treinta y cuatro, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, revoca la de fecha diez y seis de noviembre de mil novecientos treinta y dos, dictada por el juez cuarto civil del Circuito de Medellín y en su lugar falla:

1º—Decrétase la partición judicial de los bienes de la sociedad regular, colectiva de comercio, denominada Luis Restrepo M. y Cía., y constituída por la escritura pública número 52 de ocho de enero de mil novecientos diez y ocho, otorgada ante el notario primero del Circuito de Medellín.

2º—En esa partición tiene derecho el señor Alfredo Chavarriaga a intervenir en el lugar y puesto del señor Lucio Restrepo M.

3º—En la partición se respetarán las operaciones de liquidación, no de partición hechas por el liquidador Luis Restrepo M., o que aún tenga éste que hacer, dentro de los límites de sus poderes y sin perjuicio de su responsabilidad legal.

4º—No hay costas en el juicio

Notifíquese, cópiese, publíquese, insértese en la GACETA y devuélvase al Tribunal de su origen.

Antonio Rocha, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno Jaramillo, Juan Francisco Mújica, Eduardo Zuleta Angel, Emilio Prieto Hernández, Srio. in.

ACCIONES DE NULIDAD DE UN TESTAMENTO. DE RESTITUCION DE BIENES, ETC

1.—No hay incongruencia entre lo pedido y lo fallado cuando la sentencia recurrida es absolutoria. 2.—Aunque el art. 1312 del Código Civil autoriza al heredero, presunto que sea, a asistir al inventario, esa es muy distinto de autorizarlo para toda gestión o controversia. 3.—El interés jurídico es necesario para toda acción en general, y si el artículo 12 de la ley 95 de 1890 habla de él expresamente, no es para exigirlo como requisito singular para la acción de nulidad o para alegar ésta como excepción, sino el detalle ocasional de redacción encaminado a englobar a todo interesado para en seguida excluir al que ejecutó el acto o celebró el contrato sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba. 4.—No es suficiente la demostración del cargo de error en la apreciación de las pruebas, sino que debe, además, formularse y demostrarse el de violación consecuencial de una o más disposiciones sustantivas.

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

(Magistrado ponente, Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

Es llegada la oportunidad de decidir el recurso de casación interpuesto por el demandante contra la sentencia del Tribunal Superior de Pasto de 27 de marzo del presente año que desató en segunda instancia el pleito, seguido en la primera ante el Juzgado 3º de ese Circuito, de José Vicente Santacruz Ortiz contra la Diócesis de Pasto, sobre puntos relativos al testamento y a la sucesión del señor José María Ortiz Segura.

Falleció este señor bajo testamento cerrado que, previas las formalidades del caso, se protocoló por instrumento Nº 104 en la Notaría 2ª de Pasto el 12 de marzo de 1913, en el cual, después de disposiciones y declaraciones, inconducente para el caso detallar aquí, tras de cerrar la cláusula tercera, en que enumera sus bienes, diciendo "En se-

movientes y bienes muebles tengo algunos que no me es posible precisar", dispone en la cuarta asignando algunos legados en relación con éstos, para cerrarla diciendo: "El resto de mis bienes semovientes y muebles, cumplidas las mandas anteriores, se dividirán por partes iguales mis cinco hermanos legítimos Pedro María, Carmen, Amalia (hoy hermana de la caridad), Cornelia y Adelaida Ortizes (sic) y Segura".

En la cláusula quinta, en su encabezamiento lega a su hermana Carmen viuda de Bucheli cierta tienda ubicada en Pasto, y agrega: "Del resto de mis bienes raíces y derechos y acciones en ellos nombro por usufructuarias durante sus días de vida a mis hermanas legítimas Amalia (hoy hermana de la caridad) y Cornelia Ortiz y Segura; fallecida la una, quedará como usufructuaria la otra, y después de los días de ambas dispongo que pasarán dichos bienes raíces y derechos y acciones en ellos a poder de la autoridad eclesiástica para la fundación de un Asilo de ancianos pobres de ambos sexos que no puedan trabajar, o sea una casa de San José en Pasto, como hay en otros lugares dicho asilo, y que, mediante Dios y la Virgen del Perpetuo Socorro, sí se llegará a fundar institución de caridad tan benéfica en esta ciudad".

"Sexta. En caso de que la Autoridad Eclesiástica, a quien recomiendo encarecidamente la fundación del asilo o Casa de San José, tratare de darles otra inversión a los bienes que dejo para ese fin, autorizo a mis parientes más cercanos para que reclamen dichos bienes y los usufructúen hasta el tiempo que se haga la fundación. En el caso de que no fueren suficientes los mencionados bienes para la obra, puede la Autoridad Eclesiástica administrarlos o arrendarlos, acumulando sus productos para el mismo objeto".

Fundándose en lo dicho hasta aquí; en que aquel usufructo terminó y esos bienes se adjudicaron a la Curia Pastopolitana, quien dispuso de ellos sin fundar —dice— la Casa o Asilo de San José; en que ni esa Curia ni el Obispo de esa Diócesis podían ser los adjudicatarios, siendo así que el testador los asignó a la Autoridad Eclesiástica; en que esta Autoridad no es persona; y en que, no habiendo dejado el causante descendientes ni ascendientes, sus herederos son sus hermanos legítimos, de los cuales todos fallecieron sin descendencia, salvo la señora Adelaida, quien dejó los hijos habidos por ella en su matrimonio con el señor José María Santacruz Soberón, de ellos el demandante, pidió éste en libelo dirigido contra la Curia Diocesana de Pasto, representada por su Obispo, que en sentencia definitiva se hagan estas declaraciones:

1ª "... la Autoridad Eclesiástica, en cuanto tal, es incapaz de toda herencia y legado; no puede adquirir bienes de ninguna clase y bajo ningún título". 2ª Es nula la transcrita cláusula quinta. 3ª Los referidos bienes pertenecen a la sucesión del señor José María Ortiz Segura, representada por el demandante como su heredero abintestato. 4ª Son los únicos herederos de aquél el demandante y sus hermanos, en representación de su madre legítima, finada hermana legítima del mismo señor Ortiz Segura. 5ª Pide en este numeral se adjudique la herencia de este señor a la sucesión del mismo representada por el demandante, su heredero, como consecuencia de la nulidad de la cláusula quinta citada. 6ª Pide que la entidad demandada restituya al demandante como tal heredero y para esa herencia los referidos bienes. 7ª Que esa entidad debe restituir asimismo el importe de las enajenaciones de cosas hereditarias con sus intereses; igualmente los frutos (petición 8ª). Como acción subsidiaria pide (9ª) se entreguen a dicha sucesión representada por el actor todos los bienes del causante Ortiz Segura para usufructuarlos según la cláusula sexta del testamento. Como solicitud final (10ª) hace la de condenación en costas al demandado, caso de oponerse.

El señor Obispo de Pasto contestó oponiéndose a las peticiones de la demanda, manifestando su concepto de que la primera de ellas más es tema de estudio académico que de decisión judicial; afirmando la validez de la cláusula quinta así como su cumplimiento; expresando no constarle nada sobre enlaces, descendencias y defunciones de las aludidas personas de la familia Ortiz Segura, y reclamando contra la afirmación de haberse adueñado la Curia de los dichos bienes y contra los demás conceptos del libelo respecto de la corrección de la Curia y del antecesor de quien formula la respuesta.

De la sentencia del Juzgado, que es de 13 de marzo de 1935, se condensa la parte resolutiva así: 1º No es materia de pronunciamiento la primera petición de la demanda: 2º No es nula la disposición contenida en la cláusula quinta; 3º No hay lugar a las declaraciones pedidas en los puntos 4º a 8º; 4º No hay lugar a ordenar la entrega pedida, y 5º Se absuelve a la parte demandada de todos los cargos de la demanda.

El Tribunal en su sentencia, materia del presente recurso, hallando indispensable el interés jurídico en un demandante de nulidad, como expresamente lo exige el art. 15 de la ley 95 de 1890, y que ese interés implica en el presente pleito que el actor tiene con el de cuya el parentesco afirmado en la demanda, estimando no estar legalmente acreditado tal parentesco, confirma el fallo absolutorio del Juzgado, "por carecer de acción el demandante".

Queda así indicado que el Tribunal no entró en el fondo, por considerar que al demandante no le asiste la personería nacida de parentesco que no comprobó; en otras palabras, que el Tribunal sentenció con la atención puesta ante todo en el estado civil y que, por no hallar comprobados todos los hechos de cuyo encadenamiento se habría de deducir la personería invocada por el actor, concluyó en esa carencia de acción en cuya virtud vino a confirmar la absolución pronunciada en primera instancia.

El recurso

El recurrente invoca las causales 1ª, 2ª y 3ª de las establecidas por el art. 520 del Código Judicial.

La 2ª consiste en "no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes"; y la 3ª en "contener la sentencia en su parte resolutiva declaraciones o disposiciones contradictorias que subsistan a pesar de haberse pedido en tiempo aclaración de ella". Tal es el texto de aquella disposición en lo correspondiente a estos dos numerales.

Siendo absolutoria la sentencia recurrida, mal puede decirse que se haya abstenido de fallar algo de lo controvertido o excedídose por fallar extra o ultra petita; o que quepan siquiera en ella declaraciones contradictorias. Se advierte que no hubo solicitud de aclaración. Estas breves anotaciones bastan para hacer ver la inadmisibilidad de los cargos formulados en relación con los dichos motivos 2º y 3º

Los cargos relativos al motivo 1º consisten en error de apreciación de las referidas pruebas, o sea, de las encaminadas a comprobar el actor dicho parentesco, y violación de los arts. 395, 396 y 1.055 del C. C., en cuanto ese error es de derecho, y del art. 1312 del mismo Código y del 15 de la ley 95 de 1890, en los conceptos que se verán adelante.

Pasa la Corte a estudiar estos cargos en el orden establecido por el art. 537 del C. J.

La violación del art. 1312 la hace consistir en que, autorizando él la intervención en el inventario de "los herederos presuntos testamentarios o abintestato", es indebido negarle al demandante su derecho a serlo a pretexto de no haber demostrado su calidad de heredero; halla, pues, excesiva la severidad del Tribunal y que, a la luz de ese artículo, aunque el parentesco antedicho no estuviese realmente acreditado, debe admitírsele su demanda.

Se considera:

Hay completa diferencia entre una simple diligencia de inventario y un pleito, como la hay entre asistir a una diligencia y ser demandante en un litigio. El art. 1312 autoriza al heredero, presunto que sea, a asistir al inventario; pero esto es muy distinto de autorizarlo para toda gestión o controversia, inclusive un juicio ordinario como el presente. Si las cosas sucedieran como pretende el recurrente, quedarían abrogadas las disposiciones que obligan al juzgador a estudiar ante todo, en la hora de dictar sentencia, si el demandante ha acreditado la personería con que se presenta a ejercitar la acción por él incoada y si efectivamente ésta le asiste.

La violación del citado art. 15 consiste, en su concepto, tanto en no haberlo aplicado para declarar una nulidad manifiesta, cuanto en haberlo aplicado para exigirle la prueba aludida sobre estado civil y, con éste, el interés en alegar la nulidad por él afirmada.

La nulidad manifiesta a que se refiere es la de la misma cláusula testamentaria que ataca el libelo. Incurre en petición de principio al dar por demostrada la misma nulidad que demanda y al fundarse en ello para atacar la sentencia que lo niega. Si esa cláusula ha de declararse nula, al decir de él, porque instituye asignatario a quien no puede serlo por no ser persona natural ni jurídica (y éste es el tema de su demanda inicial del pleito), no puede admitirse desde luego como existente esa nulidad en forma tal que sea la que el Juez puede y aún debe declarar de oficio, según para su caso disponía en su encabezamiento aquel art. 15.

La aplicación indebida del mismo la hace consistir el recurrente en la exigencia excesiva de pruebas sobre estado civil a que ya se aludió. Con ocasión de este cargo afirma que el Tribunal esquivó el estudio del pleito mismo para embarcarse en una controversia sobre estado civil extraña a su objeto, so capa de investigar lo tocante al interés jurídico.

El Tribunal no ha incurrido en tal confusión. El actor demanda como heredero abintestato, y para creerse tal y obrar en esta calidad por sí y para sí y para la sucesión de quien se dice heredero, afirma, como no puede menos de hacerlo, que tiene con el de cujus determinado parentesco. El Tribunal, viendo así las cosas, como clara e ineludiblemente lo son, comenzó por estudiar, como no podía menos de hacerlo tampoco, las pruebas de ese parentesco, y al estimarlas insuficientes y ver por tanto que ese parentesco no estaba acreditado, vio consiguientemente que no estaba acreditada la calidad de heredero con que el demandante se presenta a incoar este juicio. Este dice en suma: como sobrino legítimo de don José María Ortiz Segura, soy su heredero abintestato y en esta calidad entablo la presente causa porque en esta calidad me asiste la acción que ejercito; y el Tribunal lo que en suma le dijo fue esto: no habiendo demostrado ese parentesco, no ha demostrado esa calidad de heredero y, por tanto, no hay lugar siquiera a estudiar una acción que sólo en esa calidad le asistiría, ni hay lugar a que la ejercite no demostrando tal calidad.

Por otra parte, el interés jurídico es necesario para toda acción en general, y si dicho art. 15 habla de él expresamente, no es para exigirlo como requisito singular para la acción de nulidad o para alegar ésta como excepción, sino en detalle ocasional de redacción encaminado a englobar a todo interesado para en seguida excluír al que ejecutó el acto o celebró el contrato sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba. De paso cabe anotar que esta salvedad quedó suprimida en el art. 2º de la ley 50 de 1936.

El Tribunal sentenciador se ajustó a las respectivas disposiciones legales al indagar ante todo la personería del demandante invocada por éste mismo al asumir esta calidad, y procedió lógicamente al abstenerse de entrar en el fondo por el resultado del análisis de las pruebas aludidas que las indicó, ante él, deficientes.

Los cargos restantes, que son violación de los arts. 395, 396 y 1055 del C. C., en cuanto para ante ellos es errónea la apreciación de esas pruebas, tampoco pueden prosperar por estas razones:

El eslabón que echó menos el Tribunal para hallar satisfactoriamente comprobado el referido parentesco fue el nacimiento, el acta de bautismo, de la señora Adelaida. El demandante se presenta como hijo legítimo de ella y demuestra este hecho, como demuestra la calidad de hijo legítimo que tuvo el testador, nacido del matrimonio del señor Agustín Ortiz y doña Rosa Segura; afirma el actor también que de este matrimonio nació su madre, doña Adelaida, y así establece el parentesco en cuestión, o sea el de que deriva la calidad de heredero abintestato con que se presenta a demandar. Pero para este último hecho se valió de la prueba supletoria, y el Tribunal conceptúa que no ha demostrado hallarse en el caso en que se colocó ni ha llenado las exigencias del mismo. Dicho art. 395 admite suplir la prueba principal en primer lugar por otros documentos auténticos, en segundo lugar por declaraciones de testigos presenciales de los hechos constitutivos del estado civil respectivo, y en defecto de unos y otros, por la notoria posesión de ese estado. Cuando éste es el de matrimonio, esa posesión consiste en lo que allí se indica. Esa posesión debe durar no menos de diez años (art. 398 ibidem). No holgará citar aquí, de paso, hablándose de posesión notoria de estado civil, la ley 45 de 1936.

Para el Tribunal hay que aducir la prueba del porqué de la falta del acta misma y la prueba de esta falta, y en su concepto no obran esas demostraciones en este proceso, porque sólo se han traído certificados de no existir el acta de bautismo en tres iglesias parroquiales, sin haberse comprobado que precisamente hubiera sido o debiera haber sido en ellas y no en otra el bautismo, ni que fuera en tal o cual Notaría donde se registró o debió haberse registrado el nacimiento, ni se ha explicado o justificado la razón de la pérdida o falta de esa partida, notarial o eclesiástica.

El recurrente enumera y analiza los elementos probatorios acumulados por él con el fin de acreditar el hecho de que se está hablando, entre los cuales, a más de los correspondientes a la prueba supletoria, hace figurar el testamento mismo, en cuanto debe oírse y hacer plena fe aquí, en su sentir, la afirmación expresa del testador de ser hermana legítima suya doña Adelaida. De todo lo cual deduce el recurrente el referido error de derecho en la apreciación de ese conjunto de elementos probatorios y la violación, en este mismo sentido o concepto, de los arts. 395, 396 y 1055 ya citados.

La Corte considera: siguiendo en hipótesis estos conceptos, de esos cargos se deduciría la justificación del error en la apreciación de tales pruebas, error de derecho ante lo que estos artículos establecen; de manera que el cargo de violación de estas disposi-

ciones no conduce sino a fundar, demostrar y corroborar el de error de apreciación de pruebas.

Este error no basta por sí sólo al recurso de casación. La sola demostración de él, sea manifiesto de hecho, sea de derecho, sea de ambos, no es suficiente para romper la sentencia recurrida, en su caso, sino que debe, además, formularse y demostrarse el cargo de violación consecuencial de una o más disposiciones sustantivas. Aquí el cargo de violación de disposiciones de esta clase (los citados arts. 395, 396 y 1055) se hizo sólo en lo relacionado con la apreciación de las pruebas, y el recurrente, limitándose a esto, dejó en visible estado de inoficiosidad cuanto alegó sobre esa apreciación, puesto que, aun en el evento de acogerse este cargo, faltaría la formulación del cargo complementario, coronación de esa labor, que poniendo en relación esa errónea apreciación con el fondo mismo del pleito, permitiese estudiar ese fondo, indagar si la sentencia violó tales disposiciones sustantivas referentes al mismo y decidir en forma de evitar esta violación, caso de hallarla.

La técnica del recurso de casación, determinada por su naturaleza y finalidad, por disposiciones que lo reglamentan y por la jurisprudencia sobre él establecida, obliga a limitar el presente fallo a lo hasta aquí dicho e impide considerar el problema cardinal del pleito; mejor dicho, el recurso, tal como quedó formulado, no permite que la Corte entre en ello.

Así las cosas, vendría a ser inconducente por inoperante, el estudio del cargo de error en la apreciación de pruebas, ya que —repítese— aunque se le hallase justificado, de él sólo no podría deducirse la casación del fallo recurrido.

Apenas habrá para qué advertir que lo dicho respecto o con ocasión del art. 395 citado cabe extenderlo a los arts. 22 de la ley 57 de 1887, 79 de la 153 del mismo año y 393 y 1758 del C. C., de cuya violación también acusa el recurrente al referirse a la apreciación de pruebas.

En efecto, esas disposiciones miran a la comprobación del estado civil unas, y otras las cita el recurrente en relación con este mismo tema, y ya queda visto cómo, aun dando por sentado que efectivamente él comprobó su referido parentesco y que los cargos a este respecto se acogieran, no por eso podría entrarse en el estudio de fondo necesario para acoger el cargo o cargos que condujeran, en su caso, a casar la sentencia por haber sido absolutoria.

Dicho art. 22 de la ley 57, así como el 79 de la 153, establecen, concretando al caso, el valor probatorio de las actas de origen eclesiástico, que aquí sería la parroquial de bautismo no encontrada; y el art. 393 del C. C. mira a la prueba de la posesión notoria. El 1758, que define el instrumento público o auténtico y dice cuándo se le llama escritura pública, se cita por el recurrente como violado en razón de haberse desoído el testamento del señor Ortiz Segura, por lo cual se relaciona este cargo íntimamente, por no decir que se identifica, con el de violación del art. 1055 del mismo Código, ya estudiado. Como se vio, esta acusación, que es la de haber desoído la expresa afirmación del testador sobre que la señora Adelaida fue su hermana legítima y carnal, al acogerse produciría la consecuencia de reconocer el error de apreciación de pruebas de que atrás se habló. Y, como también se dijo, la prosperidad de este mero cargo no traería consigo el rompimiento de la sentencia recurrida, para el cual sería preciso un cargo complementario que, sobre esa base, enfocara el fondo del pleito. Pudiera este cargo haber sido el de violación del art. 1113 del C. C., que se toma a manera de ejemplo por su estrecha relación con lo que parece ser concepto cardinal del libelo de demanda.

El hecho de que el Tribunal pusiera de presente el "carecer de acción el demandante" en frase agregada al "confirma la sentencia apelada", no es óbice para reconocer que la parte resolutiva es la confirmación de la absolución pronunciada por el Juzgado; y el recurrente en casación concretó su esfuerzo a lo atañedero a aquella adición ocasional y no lo extendió a la absolución misma considerada en el fondo o esencia del litigio.

El actor al fundar por sí mismo el recurso de casación, en su alegato de 24 de julio último, implícitamente reconoce la deficiencia aquí anotada, cuando al final de éste, aludiendo separadamente a la personería del demandante y al fondo del asunto, cita el alegato de su abogado ante el Tribunal para sostener su apelación de la sentencia de primera instancia y pide que ese alegato de instancia se tenga por reproducido ahora, respectivamente para aquellos dos temas en sus páginas 1ª a 3ª y 4ª a 19ª, como parte integrante de la demanda de casación.

Esta pretensión es inadmisible, tanto por no poderse aceptar por anticipado cargos y ataque contra sentencia no dictada aún, co-

mo lo era la del Tribunal cuando ante él el abogado presentaba su dicho alegato de instancia, cuanto porque ello no sería ni con mucho el lleno de las exigencias formuladas para tal demanda por el art. 531 del C. J.

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 pleito por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto con fecha veintisiete de marzo del año en curso.

Sin costas (art. 585 del C. J. in fine).

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Antonio Rocha, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J., Juan Francisco Mújica, Eduardo Zuleta Angel, Emilio Prieto Hernández, Srio. int.

DEMANDA SOBRE DECLARACION DE INFRACCION DE UN CONTRATO Y SOBRE PAGO DE PERJUICIOS

1.—La indemnización de perjuicios por infracción de un pacto bilateral, por toda negligencia o descuido, no tiene lugar sino cuando se ha demostrado que se ha causado un perjuicio a uno de los contratantes. 2.—El hecho de no citarse en una sentencia disposiciones de la ley, puede ser irregular, defectuoso o hasta insólito, pero por sí sólo no es causal de casación, pues la ausencia de la cita no implica violación de la ley, si las normas legales de derecho han sido tenidas en cuenta por el fallador, aunque no se haya puesto presente su relación con determinado precepto legislativo.

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

(Magistrado ponente, Dr. Liborio Escallón)

Antonio M. Amézquita demandó a la Sociedad Grace & Cía., sucursal en Armenia, representada por su gerente Henry Helbling para que previas las declaraciones de que Grace & Cía. infringieron un contrato de prestación de servicios entre el demandante y la casa demandada, y que esta infracción le causó perjuicios al actor, fuera condenada dicha compañía a pagarle la suma de $ 3,500, como indemnización, más la cantidad de $ 360, valor de los sueldos del demandante en un año, a treinta pesos mensuales y las costas del juicio.

Subsidiariamente pidió que se declarara resuelto el contrato celebrado entre Grace & Cía. y el precitado doctor Amézquita.

El Tribunal Superior de Pereira, en sentencia de seis de mayo de 1935, confirmó la del juez a quo, que absolvió a la parte demandada de los cargos de la demanda.

Amézquita recurrió en casación contra dicha sentencia, recurso que pasa a decidirse.

Las intenciones de la demanda, expresadas en los hechos que le sirven de apoyo y corroboradas con las pruebas que obran en autos, son las siguientes, que constituyen no sólo los antecedentes del presente litigio, sino también los elementos que han influído en la resolución de este asunto:

a) El doctor Antonio M. Amézquita Chaparro celebró con la casa Grace & Cía., de Armenia, representada por su gerente, un contrato, el primero de mayo de 1929, por el cual Grace & Cía. se obligó a pagar al doctor Amézquita, mensualmente y durante un año, la cantidad de treinta pesos, a cambio de los servicios profesionales, que Amézquita le prestara a la casa demandada. Se estipuló en esa convención, que el contrato se entendería renovado cada año, si no se denunciaba por la casa Grace & Cía. en los últimos quince días del vencimiento del año anterior, y que en caso de ausencia temporal de Amézquita Ch. éste dejaría un reemplazo competente a su costa; pero si la ausencia fuere definitiva, entonces, por el mismo hecho quedaría rescindido el contrato.

b) El doctor Amézquita Chaparro se trasladó de Armenia a Sevilla (Valle del Cauca) y ese traslado, al tenor del contrato y según lo afirma Amézquita, en el hecho segundo de la demanda, producía la rescisión del contrato, mas no obstante esto, en virtud de solicitud del actor, el representante de la casa Grace, le dirigió la carta de 27 de julio de 1931, en la cual se le hace sa-

ber a Amézquita, que de acuerdo con sus deseos, Grace & Cía. convienen en reanudar el contrato sobre prestación de servicios profesionales, teniendo Amézquita la obligación de trasladarse a Armenia, cada vez que sea llamado por la casa Grace.

c) Posteriormente, el 21 de diciembre de 1931, el representante de la casa demandada dirigió una carta al doctor Amézquita Chaparro en que le manifiesta que debido a los inconvenientes de la ausencia del doctor Amézquita, de la plaza de Armenia, la casa Grace se ve obligada a privarse de los servicios profesionales del abogado demandante y al mismo tiempo le incluye un recibo en que consta que han entregado al Banco Alemán Antioqueño, por cuenta de Amézquita, la suma de noventa pesos, la cual cubre los sueldos de noviembre y diciembre de 1931 y enero de 1932.

d) El demandante doctor Amézquita hizo reclamos a la casa Grace consistentes en lo siguiente: Que se le debían pagar sus sueldos hasta el mes de abril de 1932, época en que vencía el contrato y reconocerle además una cuenta de honorarios por quinientos pesos, valor de sus gestiones encaminadas a hacer efectivo un seguro que Grace & Cía., tenía en una casa aseguradora de Nueva York, respecto del señor Jesús Carmona, negociante de Calarcá.

e) Después de varias conversaciones, en enero de 1932 y según lo expresa Amézquita en el hecho noveno de su demanda, se llegó a un arreglo entre la casa demandante Grace & Cía. y Amézquita, arreglo que se verificó en la siguiente forma, expuesta en el hecho noveno de la demanda y aceptado por la casa demandada: "La casa Grace & Cía., de Armenia (C.), me reconocía por una parte, noventa pesos, valor de mis sueldos hasta abril, inclusive del año de 1932, o sea el sueldo correspondiente a los meses de febrero, marzo y abril, que era cuando vencía el contrato; y además, la cantidad de ciento ochenta y cinco pesos, valor de mis honorarios por gestiones en el seguro Carmona. De estas cantidades extendí y otorgué recibo por doscientos setenta y cinco pesos a favor de la casa Grace & Cía.".

f) Al folio primero del cuaderno de pruebas de la Compañía demandada figura el siguiente recibo: "Recibí de los señores Grace & Cº C. A. de Armenia (C.), la cantidad de doscientos setenta y cinco pesos ($ 275.00), valor del resto del contrato que tuve con dichos señores y de mis honorarios en el asunto Carmona, advirtiendo que he quedado por consiguiente a paz y salvo con ellos y desligado del contrato para seguir prestándoles mis servicios profesionales. Armenia (C.), enero 18 de 1932. A. Amézquita Chaparro".

La sentencia acusada

Sobre la base del artículo 2144 del C. C. y de las pruebas ya relacionadas, el Tribunal concluyó que se trataba de un contrato de mandato entre el demandante y la casa demandada y que dicha convención terminó en la forma natural en que los contratantes quisieron que terminara, o sea por el aviso que Grace & Cía. debían dar al abogado quince días antes de la expiración del año respectivo, y si es verdad que la compañía dio ese aviso con mayor anticipación, tal circunstancia no produce mutación de alguna influencia, porque el aviso anticipado no puede entenderse sino en el sentido de que, aun dando aviso, dicho contrato continuaba hasta la terminación del año indicado, esto es, hasta el 30 de abril de 1932, quedando obligados Grace y Cía. a pagar al abogado los cánones de servicios hasta esa fecha y que la parte demandada pagó todos los cánones correspondientes al período de duración del contrato, como claramente lo reconoce el actor, y por lo tanto es inadmisible que el demandante tenga derecho a exigir de Grace & Cía. indemnización de perjuicios y mucho menos que tenga derecho para pedir la resolución de un contrato fenecido, concluído y terminado en forma perfecta por la parte demandada, que cumplió todas sus obligaciones, sin dejar pendiente ninguna, como así lo afirma el demandante mismo.

El recurso

El recurrente desarrolla la acusación contra la sentencia en cinco capítulos, que pasan a estudiarse en el mismo orden en que están propuestos y señala la causal primera del art. 520 del C. C.

En el primer capítulo el recurrente indica como violados los artículos 2150, 2189, ordinal 3º, 1602 y 1613 del C. C. y 480 del C. J.

El recurrente estima que la sentencia violó los artículos 2150 y 2189, ordinal 3º, por cuanto el derecho que tiene el mandante, de revocar en cualquier tiempo el mandato, no disuelve el contrato celebrado con el mandatario y no lo exime, por tanto de resarcir los perjuicios morales y materiales, que la

revocación le cause, cuando no obedece a causa justa.

La Corte observa:

El Tribunal fallador partió de la misma base que el recurrente, o sea, que entre el demandante y la casa demandada, se celebró un contrato de mandato, pero para el Tribunal ese contrato terminó normalmente al paso que para el recurrente ese contrato terminó por revocación del mandante únicamente.

Las relaciones contractuales entre el mandante y el mandatario estaban regidas por el contrato de primero de mayo de mil novecientos veintinueve y como ya se expresó, la casa mandante podía reenovar el contrato, si no se daba aviso de su terminación en los últimos quince días en que éste vencía. El mandatario Amézquita sabía por lo tanto que su contrato era por anualidades y sabía que la prórroga por cada año dependía de la voluntad de la casa mandante. Si esta casa dio el aviso correspondiente al mandatario realmente el fenómeno de la revocación no existió, sino únicamente el fenómeno de la terminación del mandato dentro de los términos establecidos en el contrato. Es cierto que la casa dio ese aviso con una anticipación mayor de la pactada, pero también es cierto que el mandatario Amézquita aceptó el hecho según lo expresa claramente en la demanda y expidió el recibo de 18 de enero de 1932 de que ya se ha hecho mérito, en el cual se declaró a paz y salvo con la casa mandante y desligado del contrato. De modo que existen dos factores: 1º Los términos de la convención y 2º la propia declaración del mandatario Amézquita, declaración que sería más que suficiente para dejar a salvo de toda responsabilidad a la casa demandada, aun cuando realmente hubiera podido existir la revocación del mandato.

No existe, pues, violación de los artículos que se mencionaron antes, como tampoco infracción de los artículos 1602, 1603 y 1613 del C. C., por lo siguiente: a) porque el mismo demandante manifestó que quedaba desligado del contrato, en virtud del pago total que de sus honorarios le hizo la casa demandada, y b) porque como ya se observó, ésta obró dentro de los términos de la convención del primero de mayo.

Tampoco hubo violación del artículo 480 del C. J., porque no habiendo prosperado la intención del actor, no se ve cómo hubiera podido haber obligación de daños en abstracto.

Se rechazan, pues, los cargos a que se refiere el capítulo primero.

En el segundo capítulo acusa el recurrente la sentencia por error de hecho en la apreciación de la carta de 21 de diciembre de 1931, error que según el recurrente llevó al Tribunal a quebrantar las disposiciones sustantivas señaladas en el capítulo primero.

Respecto de este cargo se observa lo siguiente:

1º Que el Tribunal no asevera que en virtud de la carta de 21 de diciembre de 1931, el doctor Amézquita quedaba inhibido para seguir prestando sus servicios a la casa Grace, sino que el Tribunal estima que esa carta, como el aviso anticipado que daba la casa Grace al doctor Amézquita para hacerlo sabedor de que su contrato no se prorrogaría después del 30 de abril de 1932, y segundo, la interpretación que de la carta da el apoderado del recurrente está en abierta pugna con lo que el mismo demandante manifestó en el hecho noveno de la demanda y en el recibo de 18 de enero de 1932, recibo que debe ser tenido por reconocido al tenor del art. 645 del C. J.

Se rechaza el cargo del segundo capítulo.

Ataca el recurrente la sentencia por violación de los artículos 63, 1604 y 2356, inciso primero, del C. C., y 480 del C. J., y desarrolla la acusación sobre el concepto de culpa civil, pues según el recurrente la casa demandada no sólo fue negligente sino imprudente e imprevisiva en extremo, al dar aviso a Amézquita de la terminación del contrato con tres meses de anticipación, porque debió advertir las graves consecuencias que necesariamente se iban a seguir en daño del abogado cuyos servicios se suspendían.

La Corte observa:

El apoderado del recurrente no puede ir más lejos de donde fue el mismo interesado, quien como ya se vio aceptó la terminación del contrato, se declaró desligado de él, a paz y salvo con la casa demandada, recibió sus honorarios hasta el día en que terminaba el contrato y no hizo protesta de ninguna naturaleza. Además, no está establecido en autos el perjuicio que hubiera sufrido el demandante por la notificación o aviso de la casa, con tres meses de anticipación, y es sabido que la indemnización de perjuicios, por infracción de un pacto bilateral, por toda negligencia o descuido, no tiene lugar sino cuando además se ha demostrado que se ha causado un perjuicio a uno de los contratantes. Supuesto lo anterior, el Tribunal fallador no tenía por qué aplicar los artículos a que se refiere el recurrente en el capítulo

que se estudia, puesto que el factor perjuicio no fue establecido en los autos.

No existe en autos ninguna prueba que demuestre que Amézquita estuviera gestionando ningún asunto importante o de trascendencia a favor de Grace & Cía., y al cual ésta le hubiera puesto punto final quitando o destituyendo al demandante en el ejercicio de su poder, y causándole con esto un perjuicio moral que le hubiera producido la pérdida de la estimación profesional de que gozaba el demandante en el lugar donde ejercía su profesión. Tampoco está demostrado que por la terminación del contrato y por esta causa el demandante hubiera sufrido desestimación o desprestigio profesionales. Y ni siquiera tuvo la casa demandante la menor intención de perjudicar al doctor Amézquita, que no obstante la terminación del contrato, lo encargaría de algunos asuntos importantes que se iban a presentar. Luégo, en concepto de la Corte, ni el perjuicio moral ni el material están acreditados y llega con esto a la misma conclusión del Tribunal.

Se rechazan, pues, los cargos de este capítulo.

Estima el recurrente que el Tribunal incurrió en error de derecho en la apreciación de una prueba e infringió por esto los artículos 1769 del C. C. y 604 del C. J. El error que apunta el apoderado del recurrente en el capítulo 4º consiste, en el sentir de aquél, en que el Tribunal, basándose en el hecho noveno de la demanda, estimó que Grace & Cía. cumplió sus obligaciones para con el demandante.

El hecho noveno de la demanda está relacionado íntimamente con el recibo de 18 de enero de que ya se ha hecho mérito, y esos dos elementos, el hecho precitado y el recibo, constituyen una confesión clara y expresa del recurrente, que demuestra que éste arregló con la casa Grace & Cía. sus asuntos pendientes con ésta y se declaró desligado del contrato y a paz y salvo para con dicha casa.

El artículo 1769 del C. C. no ha sido violado, porque contra la confesión del actor que aparece en el hecho noveno de la demanda, no se ha acreditado ninguno de los elementos o factores consagrados en dicha disposición y que desvirtúen lo que el demandante confesó. Tampoco encuentra la Corte que se haya violado el artículo 604 del C. J., antes bien el fallador le dio aplicación a tal norma porque indudablemente la confesión hecha por el actor en el hecho noveno de su demanda, es una confesión judicial. Se observa que el fallador no hizo extensiva la confesión a una cuestión que no entró en ella, por cuanto el hecho confesado en el punto noveno de la demanda y el recibo de enero tántas veces mencionado, se refieren a la cuestión sustancial sobre que versa este litigio y contiene la declaración, especialmente el recibo, del confesante, de estar a paz y salvo con la compañía demandada. Partiendo de la base de la confesión, el Tribunal no podía hacer ninguna declaración en contra de la casa demandada, y al abstenerse de hacerla, no incurrió, por lo ya dicho, en ningún error, ni respecto de la demanda principal, ni respecto de la acción subsidiaria, porque no se ve cómo pueda declararse resuelto un contrato, concluido, terminado, y sobre cuya terminación y conclusión está de acuerdo el mismo demandante.

Se rechazan los cargos hechos en el capítulo que se estudia.

En su último capítulo el recurrente acusa la sentencia como violatoria de los artículos 471 del C. J. y 8º de la ley 153 de 1887. La razón de estas violaciones la señala el recurrente en el hecho de que la sentencia recurrida no cita un solo precepto de nuestro derecho positivo y que el fallador no se refirió a los preceptos de la ley, que citó el actor en su demanda. Entiende el recurrente violado el artículo 8º de la ley 153 de 1887, por cuanto en su concepto el fallador no aplicó, ya que no señaló la ley el criterio de analogía.

Se observa lo siguiente:

Primero.—El hecho de no citarse en una sentencia disposiciones de la ley, puede ser irregular, defectuoso, hasta insólito, como lo dice el recurrente, pero por sí solo no es causal de casación, pues la ausencia de la cita no implica violación de la ley, si las normas legales de derecho no han sido tenidas en cuenta por el fallador, aunque no se haya puesto de presente su relación con determinado precepto legislativo. Segundo.—El Tribunal sí citó la disposición del artículo 2144 del C. C., y teniendo como base ese artículo y las pruebas que obraron en el plenario, confirmó la sentencia del inferior y se refirió a ésta, la cual cita, entre otros, los artículos 2356 y 1508 del C. C. Con los conceptos de derecho emitidos en la sentencia por el Tribunal fallador, quedaron refutados los argumentos de derecho del actor.

No es fundado este último cargo.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia recurrida y condena en las costas del recurso al recurrente.

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

Antonio Rocha, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J., Juan Francisco Mújica, Eduardo Zuleta Angel, Emilio Prieto Hernández, Srio. int.

RECURSO DE CASACION CONTRA LA SENTENCIA APROBATORIA DE UNA PARTICION

1.—Son las decisiones de los Tribunales las que permiten el recurso de casación, pero no las decisiones ejecutoriadas de primera instancia, cuando este fenómeno de la ejecutoria se ha verificado por no haber opuesto la parte el recurso de apelación contra el auto que decide sobre las objeciones, declarándolas infundadas, porque entonces la ejecutoria proviene de que el interesado no hizo valer los remedios legales, por lo cual es preciso considerar que abandonó las objeciones, o las retiró o desistió tácitamente de ellas.—2.—Cuando alguna de las partes deja ejecutoriar el fallo que declara infundadas unas objeciones y viene luégo separadamente la sentencia aprobatoria de la partición, como consecuencia de ese fallo, tampoco procede el recurso, porque se entiende que la parte que no hizo gestión contra el fallo que declaró infundadas las objeciones, desistió de ellas o lo consintió.—3.—Es necesario para la procedencia del recurso de casación que las objeciones hayan sido materia de controversia anterior en el juicio y que no sean medios nuevos. Además, si fueron varios los objetantes y sólo uno recurre en casación, éste no puede hacer suyas las objeciones de los otros, respecto de las cuales debe considerarse que al no recurrir desistieron de ellas, a menos que las objeciones de que recurrió impliquen una necesaria consideración y reforma de las cuestiones planteadas por éstos.

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

(Magistrado ponente: Dr. Liborio Escallón).

Se trata en este juicio de la partición material del globo de terreno denominado El Abejón, ubicado en jurisdicción del Municipio de El Hobo, Departamento del Huila y los antecedentes son éstos:

Verificada la partición de dicho globo, corrido el traslado, fue objetado el trabajo por algunos interesados y previa la articulación del caso, el juez primero del circuito de Neiva, en sentencia de veintiocho de septiembre de mil novecientos treinta y cuatro, declaró no probadas las objeciones al trabajo verificado por el partidor Gustavo Rojas.

Esta resolución, de la cual no reclamaron ninguno de los objetantes, quedó ejecutoriada (fojas 77 del cuaderno 16).

Posteriormente el ocho de octubre de mil novecientos treinta y cuatro, el mismo juez aprobó la partición material del globo de El Abejón y ordenó que se registrara la sentencia aprobatoria en la oficina respectiva, que se protocolizara el juicio y que se expidiera a cada copartícipe copia de su hijuela (fojas 19 del cuaderno 14).

Uno de los interesados apeló de ese fallo, y el Tribunal Superior de Neiva, en sentencia de veintisiete de abril de mil novecientos treinta y cinco, confirmó el proveído del inferior, fojas 88 del cuaderno 14.

El apoderado de algunos interesados interpuso recurso de casación, contra el fallo mencionado, recurso que pasa a decidirse.

La sentencia ha sido acusada por ser violatoria de la ley, por cuanto, según el recurrente, el Tribunal no entró a revisar el trabajo de partición y por cuanto la sentencia no está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes. No cita ninguna disposición legal que se haya infringido, ni amplió el recurrente ante la Corte su recurso, que fue interpuesto y fundó ante el Tribunal fallador.

Dos cuestiones deben examinarse en este recurso: 1ª—Qué puntos debía comprender el fallo del Tribunal, en la sentencia recurrida, y 2ª—Si el Tribunal podía volver a es-

tudiar las objeciones propuestas y falladas.

En cuanto al primer punto se observa: Un recurso de apelación no comprende sino la materia que es objeto del auto apelado y el juzgador no puede salirse de esa órbita, porque de otra manera no sólo invadiría jurisdicción, sino que fallaría sobre asuntos que no le han sido sometidos en el recurso y pretermitiría una instancia.

Si pues, la sentencia que revisó el Tribunal por vía de apelación, era la del juez de Neiva, que aprobó la partición material de El Abejón y que no se refirió para nada a las objeciones al trabajo del partidor porque este incidente ya había sido resuelto, es claro que el Tribunal, no podía considerar la sentencia del Juez de Neiva sino en cuanto aprobó la partición.

El Tribunal de acuerdo con los artículos 1152 y 964 del C. J. debía confirmar la sentencia de primera instancia.

En cuanto al segundo punto se observa:

Cuando se revisa la sentencia aprobatoria de una partición, la revisión lleva al estudio del trabajo de partición, para examinar si está o no ajustado a las normas legales, pero para que esto suceda es necesario que se cumplan los siguientes requisitos: a) Son las decisiones de los Tribunales, las que permiten el recurso de casación, pero no las decisiones ejecutoriadas de primera instancia, cuando este fenómeno de la ejecutoria se ha verificado por no haber opuesto la parte el recurso de apelación, contra el auto que decide sobre las objeciones, declarándolas infundadas, porque entonces la ejecutoria proviene de que el interesado no hizo valer los remedios legales, por lo cual es preciso considerar que abandonó las objeciones, o las retiró o desistió tácitamente de ellas; b) Cuando alguna de las partes deja ejecutoriar el fallo que declara infundadas unas objeciones y viene luégo separadamente la sentencia aprobatoria de la partición, como consecuencia de ese fallo, tampoco procede el recurso, porque se entiende que la parte que no hizo ninguna gestión contra el fallo que declaró infundadas las objeciones, desistió de ellas o lo consintió; c) Es necesario para la procedencia del recurso de casación que las objeciones hayan sido materia de controversia anterior en el juicio y que no sean medios nuevos. Además, si fueren varios los objetantes y sólo uno recurre en casación, éste no puede hacer suyas las objeciones de los otros, respecto de las cuales, debe considerarse que al no recurrir, desistieron de ellas a menos que las objeciones de que recurrió impliquen una necesaria consideración y reforma de las cuestiones planteadas por éstos.

La anterior ha sido la doctrina sostenida por la Corte al respecto, en las sentencias de diez de septiembre de mil novecientos quince, cinco de julio de mil novecientos diez y nueve, diez y seis de abril de mil novecientos treinta y seis y diez y ocho de septiembre del año en curso.

Si pues, el auto que declaró infundadas las objeciones no fue materia de la sentencia recurrida, si dicho auto quedó ejecutoriado en primera instancia, según lo ya expuesto, no pueden revisarse las objeciones ni estudiarse los fundamentos de ellas, porque se repite, son las decisiones de los Tribunales las que pueden ser materia del recurso de casación, pero no las resoluciones de primera instancia, máxime cuando éstas se han ejecutoriado, por no haberse interpuesto por los interesados el recurso adecuado ante el Tribunal.

Son pues improcedentes los cargos del recurrente contra la sentencia acusada.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia recurrida y condena en costas al recurrente.

Notifíquese, cópiese, publíquese y devuélvase al Tribunal de su origen.

Antonio Rocha, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno Jaramillo, Juan Francisco Mújica, Eduardo Zuleta Angel, Emilio Prieto Hernández, Srio. int.

DEMANDA SOBRE PAGO DE UNA SUMA DE PESOS.—INCONGRUENCIA. — INTERPRETACION DE LOS CONTRATOS.—TEORIA DE LA IMPREVISION

1. Cuando la sentencia es totalmente absolutoria no procede la segunda causal de casación, porque la absolución total comprende todas las peticiones y presupone el estudio de todos los capítulos petitorios de una demanda. 2. La interpretación de los contratos se hace de dos modos: a) interpretación auténtica y b) interpretación judicial. 3. La teoría de la imprevisión se encamina a darle al juez el poder de modificar la ejecución de un contrato cuando han variado de tal manera las circunstancias que se hace imposible para una de las partes cumplir lo pactado, sin que sufra lesión en sus intereses. Esta teoría no se aplica sino a los contratos en ejecución, pero no a los ya cumplidos.

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

(Magistrado ponente: Dr. Liborio Escallón)

1º Tomás Muñoz R. se constituyó deudor del Banco Agrícola Hipotecario, con sucursal en Medellín, por la suma de cinco mil pesos y para seguridad de la deuda hipotecó los predios denominados San Nicolás y Santo Tomás, situados en el Municipio de Yarumal. La obligación personal e hipotecaria consta en el contrato expresado en la escritura número 524, de 4 de febrero de 1928, corrida ante el notario 2º del Circuito de Medellín. El deudor Muñoz se obligó a pagar la suma de cinco mil pesos por amortización gradual, haciendo pagos trimestrales hasta completar ochenta cuotas, cada una de ellas de $ 135.32.

2º El 13 de agosto de 1931, Tomás Muñoz y Emilio Hoyos dejaron por escrito constancia del siguiente negocio: Muñoz le vendió a Emilio Hoyos S. la finca denominada La Hundida, en el Municipio de Yarumal, y la forma de pago la efectúa Hoyos, haciéndose cargo de una obligación hipotecaria que tiene Muñoz, con el Banco Agrícola Hipotecario de la ciudad de Medellín, obligación inicial por $ 5,000 y que el 13 de agosto estaba reducida a $ 4,598.15. Según dicha constancia Hoyos seguiría sirviendo la deuda de Muñoz, en el Banco mencionado.

3º En 20 de septiembre de 1931 y por escritura 52 pasada ante el notario 2º de Yarumal, Tomás Muñoz vendió a Emilio y Antonio Hoyos la finca de La Hundida, por la suma de $ 4,598.15, que el comprador declaró tener recibida a su entera satisfacción.

4º En 21 de septiembre, también de 1931, es decir al día siguiente de otorgada la escritura que se acaba de mencionar en el punto anterior, Emilio Hoyos, Antonio Hoyos y Avelino Hoyos hicieron constar que se comprometían de una manera mancomunada y solidaria para con Tomás Muñoz R., a lo siguiente: a) a pagar la cantidad de $ 4,598, que Muñoz le debe al Banco Agrícola Hipotecario, pues desde el 15 de agosto se hacen cargo de las obligaciones que constan en la escritura 524 de 14 de febrero de 1928, otorgada en la notaría 2ª de Medellín a favor del Banco Agrícola Hipotecario, quedando a cargo de los Hoyos todas y cada una de las obligaciones contraídas en dicha escritura por Muñoz, y pagando al Banco las sesenta y una cuotas a que está obligado Muñoz; b) los mismos Hoyos se comprometen a darle a Muñoz R. libres del Banco las fincas de Santo Tomás y San Nicolás, libertad que han de adquirir cuando se cancelen las sesenta y cinco cuotas o cuando los Hoyos lo tengan a bien, si les conviene pagar antes.

5º El 14 de julio de 1932, en virtud de pago hecho por Emilio Hoyos, fue cancelada la obligación personal e hipotecaria a favor del Banco Agrícola Hipotecario de Medellín y en contra de Tomás Muñoz R. y libres las hipotecadas o sean las de Santo Tomás y San Nicolás.

DEMANDA

Basado en estos mismos antecedentes Tomás Muñoz R. demandó a Emilio y Antonio Hoyos para que se declarara que dichos señores le deben la suma de tres mil ciento cincuenta pesos treinta y siete centavos o en subsidio se declare que están en la obligación de pagarle solidariamente la cantidad de ocho mil doscientos cincuenta y cuatro pesos, cincuenta y dos centavos, deduciendo la cantidad de mil cuatrocientos cuarenta y siete pesos, setenta y ocho centavos.

El hecho fundamental de la demanda es el siguiente: posteriormente al contrato celebrado entre Muñoz y los Hoyos se expidió el decreto 280, de febrero de 1932, co-

mumente llamado decreto sobre deudas y en virtud del cual los deudores de los bancos podían pagar en cédulas de los mismos establecimientos. Los demandados Emilio y Antonio Hoyos pagaron la deuda en esa forma, es decir en cédulas cuya adquisición les costó la suma de $ 1,447.78, luego según el actor los demandados le deben pagar la diferencia entre la suma pagada y el valor de la obligación, o sea la cantidad de tres mil ciento cincuenta pesos con treinta y siete centavos.

A esto, en definitiva, se reduce la intención de la demanda y en el hecho apuntado antes, se funda en realidad el libelo.

El juez de circuito de Yarumal, en sentencia de 7 de julio de 1933, absolvió a los señores Emilio y Antonio Hoyos de los cargos formulados en la demanda y el Tribunal Superior de Medellín, el 3 de abril de 1934, confirmó la sentencia del inferior.

El actor interpuso recurso de casación contra dicho fallo, recurso que pasa a decidirse.

La sentencia se basa en lo siguiente: en que el contrato celebrado entre Tomás Muñoz R. y los demandantes Emilio Hoyos, contenía una obligación de hacer según la cual los Hoyos debían pagar una deuda a cargo de Muñoz y que habiendo aquéllos cumplido con lo pactado no es el caso de acceder a las peticiones de la demanda. Que realmente los demandados tomaron a su cargo la deuda de Muñoz y se comprometieron a pagarla y la pagaron aprovechándose de las ventajas que trajo la medida de compra de cédulas externas. El Tribunal fallador para llegar a estas conclusiones se basó especialmente en el documento de fecha 21 de septiembre de 1931, de que ya se ha hecho mérito en esta sentencia. Además el Tribunal desechó la tesis del actor, quien afirma que los Hoyos fueron simples diputados para el pago, por cuanto está acreditado el contrato celebrado entre Muñoz y los Hoyos, ya detallado.

MOTIVOS

Acusa la sentencia el recurrente, por error de hecho, el cual desentrañando el pensamiento de éste, diluído en toda su demanda, consiste en lo siguiente: El actor persigue el pago de la cantidad de dinero que en su concepto le deben los demandados o sea la diferencia entre el monto de la obligación, $ 4,598.14 y lo pagado efectivamente por Hoyos al Banco, o sea la suma de $ 1,447.78, y que el Tribunal incurrió en error evidente al apreciar la prueba que expresa el monto de la obligación que los Hoyos debieron satisfacer y al considerar que con la suma que pagaron al Banco, quedaba solucionada la deuda para el recurrente. En otras palabras, el recurrente estima que el Tribunal incurrió en error de hecho al interpretar y apreciar el documento de fecha 21 de septiembre de 1931, insertado en la sentencia y que como consecuencia de ese error hubo violación, por parte del Tribunal fallador de los artículos de la ley sustantiva citados en su demanda.

Además de la causal 1ª invocada por el recurrente, acusa éste la sentencia basado en las causales 2ª y 7ª del artículo 520 del C. J., por cuanto en su concepto el fallo no está en consonancia con las pretensiones deducidas por los litigantes y por cuanto el Tribunal se abstuvo de conocer la cuestión principal.

Por vía de método la Corte procede a examinar la acusación fundada en las causales 2ª y 7ª y observa al respecto: el fallo del Tribunal es totalmente absolutorio, luego siendo esto así es imposible que se haya incurrido en alguna de las dos causales citadas, porque la absolución total comprende todas las peticiones y presupone el estudio de todos los capítulos petitorios de una demanda. Trasladando estos principios al caso presente, basta considerar que el demandante partiendo de la base de que los Hoyos se habían constituído en deudores por la suma de $ 4,598.15 y que habían ya pagado $ 1,447.78, pidió que se les condenara a pagarle la diferencia entre esas dos cantidades o sea la suma de $ 3,150.37. El juez de primera instancia consideró la obligación de los Hoyos como una obligación de hacer y absolvió a los demandados; el Tribunal fue del mismo concepto y confirmó la sentencia, por donde se ve que el juzgador conoció el fondo de la cuestión y falló absolviendo, sobre todo lo que era materia del debate. Se rechaza pues el cargo.

En cuanto a la acusación fundada en la causal primera, la Corte considera: La interpretación de los contratos se hace de dos modos: a) interpretación auténtica, y b) interpretación por vía judicial. Tiene lugar la primera cuando entre las partes no hay discrepancia, en el alcance y sentido de las cláusulas que forman la convención o cuando han procedido a la ejecución del contrato sin desacuerdo de ninguna especie. Tiene lugar la segunda cuando en virtud de distintas apreciaciones de las partes sobre el alcance y sentido de las cláusulas de un contrato, le dan a éste diferente interpretación. Cuando esto sucede el juz-

gador tiene como regla para fijar el alcance de un contrato las normas de interpretación o hermenéutica de la convención consignadas en el título 13 del libro 4º del C. C., entre las cuales están los antecedentes del contrato.

Como ya se vio anteriormente, el demandante persigue, y esta es la intención de su demanda, la diferencia entre el precio de La Hundida y lo que los demandados pagaron al Banco Agrícola de Medellín, lo cual significa que el actor parte de la base de la existencia del contrato, y de los hechos anteriores y posteriores a él, es decir de la constancia de 13 de agosto de 1931 y de 21 de septiembre del mismo año. Además, los demandados abonaron varias cuotas al Banco, antes de hacer el pago total, sin protesta de ninguna especie por parte del demandante.

Lo anterior significa que las partes están de acuerdo en cuanto a la existencia y términos de la convención y entonces no cabe la acusación por error de hecho en la apreciación de las pruebas del contrato.

Resta entonces ver si los demandados cumplieron o no con lo pactado.

La obligación contraída por Muñoz para con el Banco y que consta en la escritura 524 de 4 de febrero de 1928, era la de dar. La obligación de los demandados Hoyos, para con el Banco en virtud de la convención celebrada con Muñoz, era también la de dar y la obligación entre los demandados Hoyos para con el demandante Muñoz, era la de hacer, consistente en entregar a Muñoz, cancelada por el Banco, la obligación hipotecaria que Muñoz tenía para con el Banco, de modo que Muñoz quedara libre de toda responsabilidad personal y libres de la hipoteca los predios denominados San Nicolás y Santo Tomás, de propiedad de Muñoz.

El cumplimiento de esta obligación por parte de los Hoyos está plenamente demostrado en los autos y por eso aparece cancelada la obligación personal e hipotecaria de Muñoz, a favor del Banco Agrícola de Medellín. Además, éste es un extremo en que las partes no sólo están de acuerdo, sino que es un hecho fundamental de la demanda.

Tratándose pues de una obligación de hacer, entre Muñoz y los Hoyos, teniendo en cuenta que la importancia de estas convenciones atañen a su cumplimiento o ejecución, el derecho de Muñoz R. era el de hacerles cumplir a los Hoyos lo pactado a favor del Banco y si por parte de los Hoyos hubiera habido mora, la acción que hubiera competido a Muñoz era la establecida por el artículo 1610 del C. C. Pero habiendo los Hoyos, como está demostrado, pagado al Banco y libertado las fincas, hubo por parte de ellos prestación de su obligación para con Muñoz. Y no se ve entonces que haya fundamento para la acción subsidiaria.

Aunque el recurrente cita algunas otras disposiciones como violadas y que no son pertinentes, no obstante dada la intención de la demanda y del mismo recurso, la Corte, con el objeto de estudiar el problema por todas sus fases y puesto que el recurrente se refiere en su recurso al decreto 280 de 1932, cree pertinente entrar a considerar si en este caso puede o no verificarse el fenómeno llamado de la imprevisión que da al juez intervención en la ejecución de los actos jurídicos.

Ante el principio de la autonomía de la voluntad y el postulado de que los contratos son una ley para las partes, se ha suscitado la cuestión de si los Tribunales pueden corregir o modificar cómo se ha de ejecutar un contrato cuando han surgido posteriormente a la celebración de éste, ciertos hechos que vienen a constituir un desequilibrio en la prestación de alguna de las partes, hechos extra-contractuales y que no pudieron ser previstos cuando el contrato se celebró.

Sobre el aforismo de los glosadores del derecho romano rebus sic stantibus, o sea que hay que suponer que las partes han entendido mantener el contrato si las circunstancias en que se celebró no cambian, se ha fundado la teoría de la imprevisión, que se encamina a darle al juez el poder de modificar la ejecución de un contrato cuando han variado de tal manera las circunstancias, que se hace imposible para una de las partes, cumplir lo pactado, sin que sufra lesión en sus intereses.

Aun cuando entre los modernos expositores de derecho existe discrepancia sobre la adopción de esta teoría y aun cuando en este fallo no se trata de su aplicabilidad, todos los expositores están de acuerdo en que ella no tiene cabida, ni puede aplicarse sino a los contratos en ejecución, pero no a los ya cumplidos, porque entonces el acto jurídico ya no existe, de suerte que por más que pudiera ampliársela no se podría llegar a la revisión del contrato por ministerio de la Justicia, puesto que la teoría sólo se inspira en la idea del equilibrio contractual.

Cualquiera que sea o llegue a ser el pensamiento de la Corte sobre esa teoría y se

bre su aplicabilidad ante nuestra legislación, queda visto que en el presente pleito no puede tal teoría desempeñar papel alguno por la razón decisiva de que cuando Tomás Muñoz entabló su demanda el 17 de octubre de 1932, ya estaba cumplida por parte de los Hoyos su obligación, cumplimiento que tuvo lugar el 14 de julio de ese año.

Por esta razón las disposiciones del decreto 280 mencionado no pueden tener incidencia a favor de Muñoz B. porque cuando invocó tal norma el acto jurídico ya no existía, por el cumplimiento de la obligación como se ha dicho, cumplimiento que la parte actora no niega. No puede quedar amparado Muñoz por las disposiciones del decreto 280, porque como no hubo novación, Muñoz quedó siempre como deudor del Banco y los Hoyos no adquirieron este carácter; además el presente pleito es entre Muñoz y los Hoyos, pero no entre Muñoz y el Banco.

Tampoco ha pretendido una revisión de su pacto con los Hoyos, y este es un extremo que no se contempló ni en la demanda ni en el recurso y por eso es inoficioso e improcedente cualquier concepto sobre el particular.

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 el fallo recurrido y condena en costas al recurrente.

Notifíquese, cópiese, publíquese, insértase en la GACETA y devuélvase al Tribunal de su origen.

Antonio Rocha, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno Jaramillo, Juan Francisco Mújica.—El Conjuez, Edgardo Rodríguez Piñeres.—Emilio Prieto Hernández, Srio. int.

DESLINDE DE MINAS

1. El artículo 363 del C. de Minas establece una sanción contra los dueños de minas tituladas que se abstienen de oponerse a la posesión que vaya a darse al registrador, no obstante haber sido citados personalmente. En esta sanción pueden incurrir los dueños de minas redimidas a perpetuidad, puesto que su objeto es la de determinar la consecuencia legal de una conducta dada. 2. En toda sentencia definitiva se distinguen tres elementos, a saber: a) La fuerza de la cosa juzgada; b) La ejecución de la misma, y c) El efecto obligatorio del fallo. 3. Si se tiene en cuenta que un juicio de deslinde tiene por objeto fijar como línea divisoria una de las dos que alegan las partes, sin que pueda el sentenciador escoger una tercera diferente a ambas (art. 412 C. de Minas), es claro que el rechazo de una oposición deja definitivamente trazada la línea indicada por los denunciantes de la mina. 4. La acción de deslinde es constitutiva, porque tiende a provocar una sentencia de esta naturaleza. No se confunde con la posesoria, ni con la de reivindicación, las cuales son de condena. 5. El artículo 404 del C. de Minas no deroga la disp[illegible] por el artículo 473 del C. C.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Bogotá, octubre treinta y uno de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Juan Francisco Mújica)

MATERIA DEL PLEITO

El 22 de abril de 1921, Rubén Arcila, como presidente accionista de la mina de El Retiro, demandó, ante el Juzgado del Circuito de Santo Domingo, a Sergio Aristizábal y Francisco Jaramillo Isaza, para que con los rituales de un juicio de deslinde se procediera a identificar las dos minas de El Retiro y La Central y deslindarlas en el punto en donde, según los títulos respectivos, colindan.

Como hechos afirma que la mina de El Retiro, titulada desde el año de 1883, ha sido redimida a perpetuidad, y se compone de tres pertenencias.

Que la mina La Central, compuesta también de tres pertenencias, dados los linderos del título expedido en septiembre de 1928, sólo colinda en el alto de la mina La Granja, porque en los otros puntos se comprendió casi íntegramente la otra.

En la diligencia de deslinde se fijó como lindero entre las dos minas "la línea recta

que une los tres mojones colocados en la línea occidental de la mina de El Retiro".

Los demandados, con apoyo en el art. 270 de la ley 105 de 1890, vigente a la sazón, contradijeron la demanda de deslinde, por cuyo motivo asumieron la calidad de actores en el juicio ordinario en que por esta causa hubo de continuarse.

Basaron su contradicción en que la demanda es inepta por cuanto el Tribunal Superior de Medellín ordenó dar posesión a la mina La Central a Aristizábal y Jaramillo Isaza, sin admitir la oposición formulada por Arcila como condueño de la mina de El Retiro, a causa de que éste no hizo uso de su derecho oportunamente.

Esta negligencia la sancionan los artículos 363 y 118, ordinal 6º del Código de Minas.

La fuerza de cosa juzgada de esa providencia judicial, produce el efecto de la pérdida de la acción de deslinde por parte de los dueños de la mina de El Retiro, conforme a lo dispuesto en los artículos 65 y 404 del Código de Minas.

En la diligencia de deslinde, el juez "no señaló linderos, no hizo fijar los mojones correspondientes, no se cercioró de la identidad de los predios, no tuvo a la vista los títulos de propiedad que los dueños de las minas presentaron en el acto, ni se extendió la diligencia circunstanciada que debió extender". Hubo, pues, un simulacro de deslinde no practicado conforme lo disponía el art. 1610 del C. Judial derogado.

SENTENCIA RECURRIDA

El Tribunal Superior de Medellín, el 10 de julio de 1934, falló en el sentido de confirmar la sentencia de primera instancia, la cual declaró que la línea divisoria de las minas El Retiro y La Central "es la trazada en la diligencia practicada dentro del juicio especial de deslinde, con fecha 19 de agosto de 1930" y desestimó la demanda de contradicción que formularon Aristizábal y Jaramillo Isaza.

Consideró el Tribunal que la acción de deslinde se había ejercitado en virtud de lo dispuesto en la primera parte del artículo 404 del C. de Minas. La circunstancia del rechazo de la oposición no produce la excepción de cosa juzgada, porque la providencia en que aquélla se basa es simplemente interlocutoria y no decide, por lo tanto, nada sobre los linderos mismos de las dos minas colindantes.

En esa providencia no se falló definitivamente el asunto, materia de la actual controversia.

No existe en el C. de Minas una disposición de donde se deduzca que "el solo rechazo de la oposición produzca el efecto de dejar definitivamente trazada la línea divisoria". El artículo 65 no puede interpretarse en el sentido de que la delimitación definitiva es la que resulta de la mensura que se lleva a cabo en el acto de darse posesión, cuando ésta se da como consecuencia de haberse rechazado la oposición, sin que se haya, por lo tanto, ventilado el juicio a que se refiere ese artículo.

Respecto de la falta de señalamiento de la línea y fijación de los mojones por el juez, considera el Tribunal que es inoportuno alegarlas en el juicio ordinario originado por la oposición, porque el objeto de ésta es demostrar que los "verdaderos límites de las propiedades son otros distintos de los que se fijaron en el deslinde, mas no discutir ni ventilar cuestiones atañederas a la parte material de la diligencia, o sea a la manera como ésta fue practicada".

La circunstancia de que el Juzgado Municipal que llevó a cabo por comisión el deslinde no hubiera en realidad identificado sino el Alto de La Granja, según aparece de la certificación de ese juez y su secretario, no resta el mérito probatorio a la diligencia de deslinde, porque ésta "hace fe sobre lo ocurrido en el acto de deslinde".

De las pruebas aducidas aparece que la parte agraviada ni siquiera intentó obtener una rectificación respecto de los puntos por donde debía pasar la línea. En cambio, se demostró la identificación del Alto de La Granja, por medio de testigos, en donde se clavó un mojón de madera "y que no se clavaron más mojones ni se identificaron más linderos porque los peritos estuvieron acordes en todos los linderos".

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

La sentencia ha sido acusada por el motivo previsto en el numeral 1º del art. 520 del Código Judicial.

Primer cargo.—Violó el Tribunal los artículos 118, numeral 6º, 121 *in fine* y 363 del C. de Minas.

El Tribunal afirma que no existen disposiciones en donde apoyar el concepto de que la falta de oposición a la posesión de una mina, o la desestimación de aquélla, produzca el efecto de dejar definitivamente trazada la línea que separa la mina de otra colindante.

De conformidad con el art. 117 del C. de Minas, la de El Retiro tenía un derecho preferente antes de que se diera posesión a los avisantes de la mina La Central.

En cumplimiento del art. 51 ibidem, a Rubén M. Arcila se le citó para dar la posesión de la mina La Central oportunamente y no se opuso, por cuyo motivo los dueños de la de El Retiro perdieron su derecho a la porción de ésta que quedó comprendida dentro de la mensura de La Central, según lo disponen las normas legales citadas. No podía tener lugar ya, por consiguiente, la demanda de deslinde, porque ella venía a revisar lo hecho ya en la mensura y amojonamiento de la mina La Central.

Sin embargo de lo dicho, el Tribunal estimó procedente la acción de deslinde y consideró bien practicada esta diligencia, aun cuando únicamente se tuvo en cuenta el título de la de El Retiro, con prescindencia del de La Central.

Segundo cargo.—El Tribunal, al subsumir el punto controvertido en los arts. 404 y 412 del C. de Minas, dejó de aplicar, siendo el caso de hacerlo, las disposiciones de los arts. 6º y 1740 del C. C.

Aristizábal y Jaramillo Isaza, prevalidos del art. 272 de la ley 105 de 1890, contradijeron totalmente, tanto la demanda de deslinde como el deslinde mismo.

El Tribunal obró contra derecho al considerar decisivo a favor de Arcila en el juicio ordinario el art. 412 del C. de Minas que se refiere al mérito legal del deslinde "en los juicios originados de la oposición que hace el dueño de una mina a la posesión que va a darse a otro".

MOTIVOS

El Tribunal violó el art. 363 del C. de Minas, por cuanto que dejó de aplicarlo, desconociendo así la sanción que él establece contra los dueños de minas tituladas que se abstienen de oponerse a la posesión que vaya a darse al restaurador, no obstante haber sido citados personalmente.

En esta sanción pueden incurrir los dueños de minas redimidas a perpetuidad, puesto que su objeto es la de determinar la consecuencia legal de una conducta dada.

Desde otro punto de vista, el Tribunal, por medio de sus autos interlocutorios del 18 de septiembre y 31 de octubre de 1927, declaró inadmisible, por no haberse hecho oportunamente, la oposición de Rubén M. Arcila y decidió que las diligencias volvieran al Alcalde municipal de San Roque para que él diera posesión de la mina La Central a los restauradores Sergio Aristizábal y Francisco Jaramillo I., sin admitir más oposiciones.

Esos autos hicieron imposible la continuación del juicio de deslinde a que se refieren los arts. 65 y 404 del C. de Minas, y la naturaleza de ellos está indicada por el art. 467 del C. J.

Aristizábal y Jaramillo I. contradijeron la demanda misma de deslinde en el actual pleito, apoyados en la circunstancia dicha.

En toda sentencia definitiva se distinguen tres elementos, a saber: a) La fuerza de la cosa juzgada; b) La excepción de la misma, y c) El efecto obligatorio del fallo.

Este último elemento tiene como factor preponderante la voluntad. El efecto propio de la sentencia es permitir la realización de una relación jurídica sancionada, porque el fallo transforma las sanciones de las normas que son impersonales, abstractas y generales, en personales, especiales y concretas.

La fuerza obligatoria del fallo reside aquí, precisamente, en la orden dada por el Tribunal al Alcalde de San Roque de poner en posesión de la mina La Central a sus restauradores, sin consideración de la posible invasión de parte considerable de la mina de El Retiro

El Tribunal desconoce el efecto obligatorio del fallo, por cuanto que no encuentra la disposición legal que sancione el rechazo de una oposición en el sentido de dejar definitivamente trazada la línea limítrofe entre dos minas colindantes. (En el caso actual no hubo en realidad oposición; el tiempo transcurrió sin ella).

Si se tiene en cuenta que en minas el juicio de deslinde tiene por objeto fijar como línea divisoria una de las dos que alegan las partes, sin que pueda el sentenciador escoger una tercera diferente a ambas (C. de Minas, art. 412), es claro que el rechazo de una oposición deja definitivamente trazada la línea indicada por los denunciantes de la mina, aun cuando la parte resolutiva del fallo no contuviera la decisión del aquí mencionado.

La tesis del Tribunal colocaría en situación privilegiada al colindante de una mina cuya oposición se rechaza. En efecto, si el colindante, citado oportunamente, no se opone a la posesión que va a darse, pierde su derecho a la parte de la mina comprendida en la mensura de la nueva. Si la oposición se acepta, la sentencia de deslinde determinará, de las dos líneas alegadas, cuál es la limítrofe. En ambos casos la si-

tuación jurídica del denunciante, como la de su vecino, es estable, puesto que, bien la sentencia o la ley, definen aquéllas de manera inequívoca.

En cambio, el simple rechazo de la oposición colocaría, según la tesis del Tribunal, al denunciante o restaurador de la mina en una posición precaria, porque siendo como es imprescindible la acción de deslinde, estaría sujeto indefinidamente a una posible reducción de la cabida de su mina en favor del vecino cuya oposición se desestimó.

La fuerza de la cosa juzgada no dimana sino de la parte resolutiva de la sentencia, pero ello no significa que para analizar el alcance de aquélla haya de tenerse en cuenta solamente la forma de ésta. Se entiende por parte resolutiva de una sentencia, a este respecto, no el pasaje del fallo colocado en determinado lugar, sino lo que ha sido objeto de la decisión judicial, cualquiera que sea la forma que revista y el puesto que ocupe en la sentencia. De ahí que la fuerza de la cosa juzgada abarque lo mismo lo que ha sido fallado expresamente como lo que ha sido decidido implícitamente. Sólo que esta decisión implícita debe ser de tal naturaleza que ella necesariamente esté comprendida por lo que fue objeto de la resolución expresa.

En el último de los mencionados autos, el Tribunal dijo: "Será ya otra la vía a que acuda el señor Arcila para ventilar el derecho que le asista personalmente y en representación de la sociedad", lo cual equivale a resolver implícitamente la consumación definitiva de la acción de deslinde entre los titulares de las minas de El Retiro y La Central.

La acción de deslinde es constitutiva, porque tiende a provocar una sentencia de esta naturaleza. Ella no se confunde con la posesoria ni con la de reivindicación, las cuales son de condena.

Materialmente la fuerza de la cosa juzgada está limitada por el objeto y la causa de la sentencia. El objeto de la sentencia lo constituye la relación jurídica sobre la cual versa el derecho que se reconoce judicialmente.

El criterio adoptado por la doctrina moderna para orientarse en la averiguación sobre la identidad del objeto, consiste en investigar si en el nuevo juicio es cuestionado el mismo derecho que se afirmó o negó en el proceso anterior, aun cuando ello haya sido realizado con el fin de deducir una consecuencia no contemplada en el primitivo juicio.

En las hipótesis conflictivas que se suscitan con motivo de la desigualdad de ámbito del objeto de la sentencia anterior con el de la nueva demanda, el problema se resuelve mediante el examen de si en la sentencia posterior se llegaría fatalmente a contradecir el fallo anterior, afirmando un derecho negado o negando un derecho afirmado por aquél.

La causa de la sentencia es el fundamento jurídico, la fuente inmediata del derecho, o sea del objeto reclamado por vía de acción u opuesto por vía de excepción.

La oposición por parte del presidente de la mina de El Retiro a la posesión de la mina La Central, tuvo como objeto establecer que la verdadera línea que separa las dos minas colindantes es la indicada en el título de la de El Retiro, y la causa mantener la integridad de esta mina, invadida en parte considerable por la demarcación que los restauradores dieron a La Central.

En este segundo pleito, objeto y causa son idénticos al del anterior.

El art. 404 del C. de Minas no deroga lo dispuesto por el 473 del C. J., el cual obedece al principio de la irrevocabilidad de las sentencias establecido en bien de la seguridad jurídica inmanente a la justicia; principio que sin duda alguna sacrifica muchas veces la realidad del derecho a lo que ha sido reconocido por el juez como derecho, sacrificio imperativamente reclamado por el resultado final que se persigue en el proceso, consistente en la efectividad del derecho.

RESOLUCION

Por los motivos dichos, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa la sentencia que el 10 de julio de 1934 pronunció en este juicio ordinario el Tribunal Superior de Medellín, y en su lugar resuelve:

1º Es improcedente la demanda de deslinde promovida por el presidente de la mina de El Retiro contra Sergio Aristizábal y Francisco J. Jaramillo I., restauradores de la mina La Central.

2º Revócase la sentencia dictada por el Juzgado 1º del Circuito de Santo Domingo el 24 de agosto de 1932.

3º Sin costas.

Notifíquese, cópiese y publíquese. Insértese copia de esta providencia en la GACETA JUDICIAL.

Antonio Rocha. Liberio Escallón. Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J., Juan Francisco Mújica, Eduardo Zuleta Angel, Emilio Prieto Hernández, Srio. into.

RECURSO DE CASACION

Si es cierto que ya el recurso de casación no tiene por uno de sus fines principales enmendar los agravios inferidos a las partes, sino unificar la jurisprudencia nacional, también lo es que quienes no apelan del fallo de primera instancia carecen de interés jurídico para acusar el de segunda instancia confirmatorio de aquél, porque el fin de unificar el derecho jurisprudencial no puede procurarse en cada caso sino a iniciativa de quien esté interesado en el debate.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Civil.—Bogotá, octubre treinta de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente, Dr. Miguel Moreno Jaramillo)

La corte suprema de justicia, en sentencia de casación civil fechada el 17 de octubre de 1917 e inserta en el número 1357 de GACETA JUDICIAL, dijo lo siguiente:

"Prescindiendo de averiguar si esto último es exacto, es lo cierto que el pasaje de la sentencia recurrida en que tal punto se decide, que es el ordinal 1º de la misma, es una reproducción del ordinal 1º de la sentencia de primera instancia, y que lo dispuesto en ese ordinal quedó ejecutoriado, porque ninguna de las dos partes lo apeló. Por consiguiente, ese punto no está sujeto a recurso de casación, porque su repetición innecesaria en la sentencia del tribunal no ha podido traerlo de nuevo al debate. Y como fue en ese punto donde se decidió lo que el recurrente impugna, carece de fundamento en esa parte el recurso".

Cinco años más tarde, el 22 de octubre de 1923, dijo la corte en sentencia de casación civil publicada en el número 1563 de GACETA JUDICIAL:

"Respecto del menor Correa, el fallo de primera instancia fue confirmado por la sentencia del tribunal, de fecha treinta de septiembre de mil novecientos veintidós, contra la cual interpuso recurso de casación el apoderado y curador que se deja mencionado; pero habiendo quedado ejecutoriada la sentencia de primera instancia respecto de la señora García de Orjuela, como ya se vio, el recurso es inadmisible en lo que a ella se refiere, ya que la sentencia de segunda instancia no ha podido inferirle, ni le infirió, ningún agravio distinto del que le resulta del fallo de primera instancia, puesto que éste fue confirmado por aquélla. Se admite, pues, el recurso en lo tocante al menor José Agustín Tomás Correa".

Como se ve por las dos anteriores transcripciones, ha sido doctrina de esta corte la de no proceder el recurso de casación contra el fallo del tribunal que no afecta al recurrente en más de cuanto lo afectara la sentencia dictada por el juez.

Esta doctrina tiene su aplicación en el presente caso, que si no es igual al de 1917 ni al de 1923, sí se refiere, como ha de verse en seguida, a un fallo de segunda instancia confirmatorio de otro de primera no apelado por quien interpuso recurso de casación.

Por auto de fecha 8 de noviembre de 1935, el juzgado 2º del circuito de Cali aprobó la partición de los terrenos de "Paso Ancho", que pertenecieron al señor Manuel Garcés; ordenó que en los correspondientes libros fuesen inscritas la cuenta de partición y la sentencia aprobatoria de la misma; mandó que se protocolizara el expediente en una de las notarías y dispuso la remisión de los autos en la forma prescrita por el artículo 389 del código judicial.

De esta sentencia apeló únicamente el doctor Gabriel Esguerra, como apoderado de Gabriel Ramírez.

El tribunal de Cali, en fallo de 3 de marzo de 1936, confirmó la sentencia de primera instancia.

Contra el fallo del tribunal interpusieron recurso de casación los interesados Ricardo Peña Velasco y Alfonso Garcés V., recurso que les fue concedido por auto de fecha 13 de mayo de 1936.

Posteriormente presentaron solicitudes sobre coadyuvación del recurso, Alejandro Garcés Patiño, Mercedes Valencia de Garcés, Ascensión Zamorano de Peña y Gabriel Esguerra. Este último, única persona que había apelado de la sentencia proferida por el juez, coadyuvó los recursos de casación interpuestos por Peña Velasco, Garcés P. y herederos del señor Fortunato Garcés P., y agregó: "Doy por interpuesto por mí el mismo recurso".

El tribunal de Cali, por auto fechado el 12 de junio de 1936, negó las solicitudes de coadyuvación, por improcedentes y por extemporáneas.

Este auto del tribunal quedó ejecutoriado.

Como Ricardo Peña Velasco y Alfonso Garcés V., únicas personas a quienes se concedió el recurso, carecen de acción para acusar la sentencia del tribunal por cuanto no apelaron de la proferida por el juez de primera instancia, es forzoso declarar inadmisible dicho recurso en vista de que no fue interpuesto por persona hábil, como lo exige el artículo 523 del código judicial.

La corte persiste en su doctrina expuesta en los años de 17 y 23, porque si es cierto que ya el recurso de casación no tiene por uno de sus fines principales enmendar los agravios inferidos a las partes, como lo establecía el artículo 149 de la ley 40 de 1907, sino unificar la jurisprudencia nacional, como lo prescribe el artículo 519 del código de procedimiento, también es cierto que quien no apela del fallo de primera instancia carece de interés jurídico para acusar el de segunda instancia confirmatorio de aquél, porque el fin primordial de unificar el derecho jurisprudencial no puede procurarse en cada caso sino a iniciativa de quien esté interesado en el debate judicial porque la sentencia de la corte pueda afectarle. En casos como el que se contempla, nada ganarían los recurrentes con un fallo de casación y con la subsiguiente sentencia de instancia, porque ellos quedaron vinculados a la sentencia del juez, con la cual se conformaron, sentencia que fue confirmada, sin modificación alguna, por la del tribunal.

Guardó silencio el tribunal sobre el memorial que con fecha 6 de mayo de 1936 (foja 6) dirigió Mercedes Valencia de Garcés para ratificar "lo actuado por el señor Alfonso Garcés Valencia, al solicitar en mi nombre y en el de mis hijos menores Carlos Garcés Valencia y Paulina de las Mercedes Garcés Valencia, recurso de casación". Pero este silencio no tiene importancia, porque, de acuerdo con lo que decidirá la corte, ni los recurrentes Peña Velasco y Garcés Valencia, ni las personas en cuyo nombre dijo este último obrar, son personas hábiles para recurrir en casación debido a que no apelaron del fallo de primera instancia. Lo mismo se observa respecto a otros memoriales sobre ratificación, corrientes a fojas 31 y 41 vuelta.

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,

resuelve:

No es admisible el recurso de casación interpuesto en este juicio por Ricardo Peña Velasco y Alfonso Garcés V.

Vuelvan los autos al tribunal de su origen.

Sin costas.

Notifíquese.

Antonio Rocha, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J., Juan Francisco Mújica, Eduardo Zuleta Angel, Emilio Prieto Hernández, Srio. int

OBLIGACIONES EN PLATA ANTIGUA. INTERPRETACION DE LOS NEGOCIOS JURIDICOS FALSA CAUSA POR ERROR SOBRE UN PUNTO DE DERECHO

1.—Leyes y decretos sobre conversión de plata antigua, de 1907 a 1919. 2.—La falsa causa en la liquidación, por error sobre un punto de derecho, que según la corte (sentencia de 29 de septiembre de 1935, publicada en los números 1905 y 1906 de GACETA JUDICIAL) hizo nula tal liquidación en cierto exceso, no afecta el concurso real de voluntades sobre conversión a oro legal de la deuda contraída en moneda de plata. 3.—La cláusula controvertida debe interpretarse como manifestación de que las dos partes expresaron su voluntad de aceptar la equivalencia de moneda señalada por la ley 45 de 1916. Y como se trataba de obligaciones particulares que deberían cumplirse en el departamento de Nariño, esa equivalencia, según el artículo 15 de la misma ley, era la "comercial" cuando se celebró el contrato de mutuo. Si después de invocar las partes dicha ley dijeron que tomado el tipo de cambio prescrito por ella, y hecha la reducción a ese tipo, la deuda en oro ascendía a $ 15.000, en vez de ascender sólo a otra suma que diera el tipo de cambio comercial, esto es, a $ 12.000.00, tal decir envuelve un error de liquidación, rectificable en todo tiempo. 4.—Sabio es buscar la intención de los contratantes, en lo general no ajena de los preceptos legales, más bien que atenerse a lo literal de las palabras. Justo es estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato y que mejor convenga a éste en su totalidad. Y sabia es, y justa, la disposición que entiende incorporadas en todo contrato las leyes vigentes al tiempo de su celebración. 5.—Error en la liquidación procedente de error sobre un punto de derecho, que si no vició el consentimiento sí falseó la causa.

Corte suprema de justicia.—Sala de casación en lo civil.—Bogotá, doce de noviembre de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente, Dr. Miguel Moreno Jaramillo)

— I —

Por escritura número 750, de 18 de enero de 1913, Luciano Herera y Delfín Martínez hicieron constar que el segundo recibió del primero, a título de mutuo, la cantidad de $ 30.000.00 en moneda de plata, al tipo del 10% anual. Se estipuló que los intereses serían pagados por semestres vencidos y que el capital sería reembolsado el 1º de enero de 1918. También dijeron las partes que Martínez recibió de Herrera, al mismo título, la cantidad de 20.000 francos.

Martínez constituyó gravamen hipotecario en favor de Herrera, sobre dos inmuebles: una casa y una hacienda. Esta se llama "Cariaco".

Por escritura número 413, de 19 de julio de 1917, el acreedor Herrera y un mandatario del deudor Martínez hicieron varias declaraciones.

Herrera dijo que por haber recibido de Martínez los 20.000 francos, cancelaba la hipoteca sobre la casa, "quedando vigente el gravamen hipotecario, constituído en la hacienda de "Cariaco", como caución del crédito de treinta mil pesos, 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 ley sobre circulación monetaria, expedida por el congreso de 1918, suma que Martínez pagará el 1º de enero de 1920".

El mandatario de Martínez dijo que aceptaba la cancelación y que él o su mandante efectuarían el pago de la cantidad que quedaba a deberse, "que es de $ 15.000.00 oro legal en la fecha arriba estipulada y de acuerdo con la ley monetaria".

— II —

Posteriormente, el deudor pagó al acreedor dos cantidades a cuenta de capital: la primera de $ 5.000.00 y la segunda de $ 1.000.00, ambas en oro legal, y también le hizo varios abonos por concepto de intereses.

— III —

El 28 de mayo de 1931, Herrera demandó a Martínez por $ 9.000.00 oro, como saldo de capital, y por $ 550.00 oro, como saldo de intereses, "más los que se devenguen hasta el día del pago, a razón del diez por ciento anual (10%)". También pidió se hiciera la declaración de que la hacienda de "Caria-

co" está afecta al pago del capital y de los intereses no pagados.

El 1º de octubre de 1932, Martínez contestó la demanda. Al hacerlo, dijo que su obligación no asciende a la cantidad que dice el demandante, porque la ley 65 de 1916 no fijó tipo de cambio para las obligaciones entre particulares estipuladas en moneda de plata, aunque sí estableció la proporción del 200% para el cambio oficial y para la percepción de rentas y pago de servicios públicos. De todo lo cual dedujo que su obligación según la escritura número 413, de 19 de julio de 1917, no ascendió a $ 15.000.00, como se expresó erróneamente en dicho instrumento, sino apenas a $ 12.000.00 que resultan de cambiar plata por oro, no al tipo oficial del 200% sino al comercial del 250%.

— IV —

El juzgado 2º del circuito de Pasto condenó al reo a pagar la cantidad de $ 2.519.32 oro y los intereses de esta suma desde la fecha de la demanda hasta el día del pago, a razón del 10% anual, y declaró que la hacienda de "Cariaco" está especialmente afecta al pago de la cantidad indicada y de sus intereses.

El juzgado basó su sentencia en el artículo 1511 del código civil, pues dijo que en el arreglo del año de 1917 hubo error de hecho, por cuanto, en su sentir, la sustancia o calidad especial del objeto fue diversa de lo que se creía, a causa de que los contratantes pensaron que $ 15.000.00 oro tenían la cualidad de equivaler a $ 30.000.00 plata.

— V —

El tribunal de Pasto condenó al demandado a pagar las cantidades de $ 9.000.00 oro, por capital, y de $ 3.250.00 oro, por intereses, y declaró que la hacienda de "Cariaco" no está especialmente afecta al pago de lo debido porque las escrituras en que consta el gravamen no fueron debidamente registradas.

En cuanto al fondo del negocio, estimó el tribunal que el error engendra nulidad relativa saneable por el transcurso de cuatro años, ya corridos; que en el arreglo de 1917 no se incurrió en ninguna de las causas de error que vician el consentimiento; que la proporción entre dos cantidades pertenece a la categoría denominada relación, distinta de la de sustancia; que si el mandatario de Martínez pudo incidir en error de derecho, esta clase de error no vicia el consentimiento, y que, en todo caso, ha habido ratificación tácita del deudor.

— VI —

La corte, en sentencia de 29 de septiembre de 1935, publicada en los números 1905 y 1906 de GACETA JUDICIAL, casó la sentencia del tribunal en lo que fue materia del recurso, es decir, en las declaraciones 1ª, 2ª y 4ª, pues el recurrente se había conformado con la 3ª sobre no estar la hacienda de "Cariaco" especialmente afecta al pago de lo demandado.

En concepto de la corte, el tribunal de Pasto violó la ley civil, así: el artículo 1509, sobre error de derecho, por aplicación indebida; el 1524, sobre causa, 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.

Proferida la sentencia de casación, dictó la corte un auto para mejor proveer, con el objeto de que fueran puestos en claro ciertos puntos oscuros o dudosos, referentes al tipo comercial de cambio en determinadas fechas y al modo de liquidar la obligación que se cobra en este juicio.

El auto para mejor proveer fue cumplido con el resultado que se verá adelante

— VII —

Obsérvese cuáles han sido en los últimos tiempos los principales preceptos sobre equivalencia oficial de las dos monedas en el departamento de Nariño:

Decreto Nº 1206 de 1907.—Fechado el 1º de octubre, en que empezó a regir. Publicado en el Nº 13080 del "Diario Oficial". Mandó que los ingresos y egresos públicos en el departamento de Nariño, se hicieran en moneda nacional de plata, al tipo que el gobierno fijara para cada trimestre, y dispuso que en los primeros tres meses la relación entre ambas monedas sería de dos centavos en plata por un centavo en oro.

Decreto Nº 733 de 1909.—Fechado el 16 de julio. Publicado en el Nº 13743 del "Diario Oficial". Empezó a regir el 1º de agosto. Dispuso que los ingresos y egresos de las cajas públicas en el departamento de Pasto se hicieran en moneda nacional de plata al tipo de 250%.

Ley 65 de 1916.—Sancionada el 18 de diciembre. Inserta en el Nº 15973 del "Diario

Oficial". Empezó a regir el 1º de mayo de 1917. En ella 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 pesos ($ 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 del doscientos por ciento (200 por 100)".

"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".

Decreto Nº 565 de 1917.—Fechado el 24 de marzo. Publicado en el Nº 16065 del "Diario Oficial". Señaló el 1º de mayo de 1917 para dar principio al cambio de las monedas de plata nacionales acuñadas antes de 1911, que circulaban legalmente en el territorio de la república. Dijo que el cambio de las monedas de plata se haría en la proporción de $ 2 de éstas por $ 1 de monedas colombianas o inglesas de oro o de cualquiera otra especie de moneda legal colombiana. Dispuso que al mismo tipo de cambio se recibieran en todas las oficinas públicas las monedas de plata a que se refiere este decreto, durante el tiempo señalado para efectuarlo, o sea desde el 1º de mayo de 1917 hasta el 30 de abril de 1918; pero que expirado dicho plazo dejarían de tener curso legal, de conformidad con el artículo 11 de la ley 65 de 1916. Comisionó a la junta de conversión para acuñar hasta cierta cantidad en monedas de plata, y la autorizó para que efectuada la acuñación hasta el límite fijado, el excedente que resultara en las monedas de plata lo vendiera por su valor comercial.

Ley 24 de 1918.—Sancionada el 3 de octubre, día en que empezó a regir. Inserta en el Nº 16508 del "Diario Oficial". Facultó al gobierno para que, de acuerdo con la junta de conversión, pudiera variar la proporción fijada en el artículo 4º de la ley 65 de 1916, para el cambio de monedas de antiguas emisiones de plata, en el caso de importantes alteraciones en el precio de dicho metal, y dijo que el aumento o la disminución autorizados, no excederían en su límite del 10%. Ordenó al gobierno investigar qué cantidad en moneda de plata deteriorada y de ley inferior a 900 milésimos había en circulación en el departamento de Nariño, con el fin de que, en vista de lo averiguado, fijara el límite del cambio, "alcanzado el cual, cesará aquél".

Decreto Nº 2163 de 1918.—Fechado el 21 de diciembre. Publicado en el Nº 16573 del "Diario Oficial". Fijó el 31 de agosto de 1919 como término para el cambio de las monedas de plata nacionales acuñadas antes de 1911. Dijo que el cambio se haría en la proporción y forma en que venía efectuándose de acuerdo con la ley 65 de 1916 y con el decreto Nº 565 de 1917. Dispuso que expirado el término de que se ha hecho mérito, tales monedas de plata dejarían de tener curso legal, conforme al artículo 11 de la ley 65.

Decreto Nº 1300 de 1919.—Fechado el 25 de junio. Publicado en el Nº 16799 del "Diario Oficial". En cumplimiento del artículo 2º de la ley 24 de 1918, fijó en $ 1.500,000 la suma de monedas de plata de ley inferior a novecientos milésimos cuyo cambio podría efectuarse en la forma establecida por la ley 65 de 1916 y por el decreto Nº 565 de 1917. De conformidad con el artículo 11 de la citada ley 65, dispuso que el cambio de las demás monedas antiguas de plata de que trata el artículo 3º de la misma ley, podría efectuarse, en la forma dicha, hasta el 30 de abril de 1920. Ordenó que alcanzado el límite fijado y expirado el plazo dicho, dejarían de tener curso legal en la república todas las monedas de plata a que se refiere la ley 65 de 1916, en cumplimiento de lo que ésta dispone en su artículo 11. Finalmente, derogó el decreto Nº 2160 de 1918.

Ley 100 de 1919.—Sancionada el 13 de diciembre. Inserta en los Nos. 16994 y 16995 del "Diario Oficial". Empezó a regir el 17 del mes citado. Facultó al gobierno para fijar, de acuerdo con la junta de conversión, el cambio de las monedas de plata nacionales acuñadas antes de 1911. La fijación se haría teniendo en cuenta el valor comercial de la plata, cada vez que así lo exigieran, a juicio del gobierno y de la junta, las fluctuaciones de dicho valor, y con el fin exclusivo de terminar prontamente el cambio de que trata el artículo 3º de la ley 65 de 1916. El cambio así fijado regiría para los pagos que se efectuaran en las oficinas de manejo nacional en las expresadas monedas, mien-

tras éstas tuvieran curso legal. Prescribió que el 1º de enero de 1920 cesaría el curso legal de las monedas de plata dichas, pero que el gobierno continuaría el cambio de ellas, en la forma indicada, con destino a efectuar acuñaciones y reacuñaciones autorizadas por las leyes.

Decreto Nº 2377 de 1919.—Fechado el 19 de diciembre. Publicado en el Nº 17004 del "Diario Oficial". Dispuso que el cambio de las monedas de plata se hiciera desde el 1º de enero de 1920 a razón del 125% y que desde dicho 1º de enero cesaría el curso legal de tales monedas de plata (las acuñadas antes de 1911), pero que el gobierno continuaría el cambio de ellas en la forma indicada.

— VIII —

Los tipos oficiales de cambio, anotados en el capítulo anterior, no influyeron en las operaciones entre particulares, según lo observan los peritos que rindieron su dictamen en cumplimiento del auto para mejor proveer. Ellos afirman que en el tiempo corrido desde el año de 1913 hasta después del año de 1920, el cambio de plata antigua por oro legal se sostuvo al 250% en todas las operaciones comerciales.

— IX —

En las relaciones habidas entre Herrera y Martínez, tienen importancia estas cinco fechas:

18 de enero de 1913.—Día en que Herrera prestó a Martínez, $ 30,000.00, en moneda de plata.

1º de mayo de 1917.—Día en que principió a regir la ley 65 de 1916, que fija el cambio oficial en el 200% y dispone que las obligaciones entre particulares contraídas en plata, podrán pagarse en moneda legal al tipo del cambio en la época en que fueron contraídas. En esta fecha se dio principio al cambio de monedas.

19 de julio de 1917.—Día en que las partes convirtieron la deuda en plata a deuda en oro.

1º de enero de 1918. Día señalado originalmente para la devolución de los $ 30,000.00 en plata.

1º de enero de 1920.—Día fijado para que el mutuario pagara al mutuante, concedida la prórroga, $ 15,000.00 en oro legal, "según la proporción fijada en la ley sobre circulación monetaria, expedida por el congreso de 1916...". En este mismo día cesó el curso legal de las monedas antiguas de plata.

En las cinco fechas expresadas, el cambio comercial entre las dos monedas se hizo al 250%, según el dictamen de los peritos.

El cambio oficial se hizo en las mismas fechas al 200%, a excepción del 18 de enero de 1913, día en que Martínez contrajo la obligación, en que el cambio oficial y el comercial eran iguales, o sea del 250%; y del 1º de enero de 1920, fecha en que se venció la obligación de Martínez y quedó desmonetizada la plata antigua, en que el cambio oficial era del 125%.

— X —

Se procede a dictar sentencia de instancia sobre las siguientes bases:

1ª—Según la escritura Nº 750, ya mencionada, Martínez se obligó a pagar a Herrera la "suma de treinta mil pesos ($ 30,000.00) en moneda legal 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 deferirán al dictamen de dos comerciantes respetables nombrados uno por cada uno de los contratantes o al gerente del banco local, en su caso".

2ª—La cláusula preinserta envuelve simplemente la obligación que corresponde a todo mutuario, en el contrato denominado préstamo de consumo, para restituír en el mismo género y calidad las cosas fungibles que ha recibido del mutuante. Sólo que las partes fijaron dos modalidades de pago, a opción del acreedor.

3ª—En la misma escritura Nº 750 se lee: "En este estado manifestó el otorgante Martínez que se pedía que se aclarara que llegado el caso de terminar el contrato, por solución o pago, respecto de la suma estipulada en plata, el acreedor deberá señalar con seis meses de anticipación la especie monetaria en que debe hacerse el pago. Herrera manifestó que aceptaba esta condición y así se hace constar".

4ª—No se estudia la cláusula reproducida en el ordinal anterior, porque las dos partes, por medio de la escritura Nº 413, fueron explícitas en el sentido de declarar que la deuda en plata quedaba reducida a deuda en oro legal, según la proporción fijada en la ley sobre circulación monetaria.

5ª—La falsa causa en la liquidación, por error sobre un punto de derecho, que según la corte hizo nula tal liquidación en cierto exceso, no afecta el concurso real de voluntades sobre conversión a oro legal de la deuda contraída en moneda de plata. En cuanto a la conversión no han discrepado las partes. En oro legal hizo sus abonos a capital el mutuario y en oro legal demanda el mutuante.

6ª—No hay necesidad de estudiar el al-

cance de la ley 55 de 1916, a la luz de la constitución nacional, para resolver si es o no es el caso de aplicar esa ley en su precepto marcado con el Nº 15, porque como se ha observado, el cambio comercial del 250% existió en todas las fechas que tienen importancia entre las partes, y porque habiendo cesado el 1º de enero de 1920 el curso legal de las monedas de plata acuñadas antes de 1911, como lo prescribe la ley 100 de 1919, en su artículo 2º, aun suponiendo que la ley 65 fuera inconstitucional, sería el caso de aplicar el artículo 206 del código de comercio, concebido en estos términos:

"206.—Si antes del vencimiento del plazo fueren excluídas de la circulación las piezas de monedas a que se refiera la obligación, el pago se hará en conformidad al valor que aquéllas hubieren tenido, al tiempo de la celebración del contrato".

7ª—La cláusula controvertida debe interpretarse como manifestación de que las dos partes expresaron su voluntad de aceptar la equivalencia de monedas señalada por la ley 65 de 1916. Y como se trataba de obligaciones particulares que deberían cumplirse en el departamento de Nariño, esa equivalencia, según el artículo 15 de la misma ley, era la comercial cuando se celebró el contrato de mutuo. Si después de invocar las partes dicha ley dijeron que tomado el tipo de cambio prescrito por ella, y hecha la reducción a ese tipo, la deuda en oro ascendía a $ 15,000.00, en vez de ascender sólo a otra suma que diera el tipo de cambio comercial, esto es, a $ 12,000, tal decir envuelve un error de liquidación, rectificable en todo tiempo. Sabio es buscar la intención de los contratantes, en lo general no ajena de los preceptos legales, más bien que atenerse a lo literal de las palabras. Justo es estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato y que mejor convenga a éste en su totalidad. Y sabia es, y justa, la disposición que entiende incorporadas en todo contrato las leyes vigentes al tiempo de su celebración. Error en la liquidación procedente del error sobre un punto de derecho, que si no vició el consentimiento sí falseó la causa.

8ª—Viene a propósito la aplicación de esta doctrina contenida en el artículo 214 del código de comercio:

"214.—El comerciante que, al recibir una cuenta, paga o da finiquito, no pierde el derecho de solicitar la rectificación de los errores, omisiones, partidas duplicadas, u otros vicios que aquélla contenga".

9ª—La corte sostiene en este fallo de instancia, como lo sostuvo en el de casación, que debe aplicarse el artículo 15 de la ley 65 de 1916, y no los artículos 4º y 12 de la misma ley, porque la obligación de Martínez debe cumplirse en la capital de Nariño, no por convenio de las partes, que guardaron silencio sobre el lugar donde debe hacerse el pago, sino por ministerio del artículo 1646 del código civil, inciso 2º, según el cual, si no se ha estipulado el lugar para el pago, y no se trata de un cuerpo cierto, se hará en el domicilio del deudor, y porque la obligación de Martínez nada tiene qué ver con el tipo de cambio fijado oficialmente para la conversión de monedas y para la percepción de rentas y pago de servicios públicos.

10ª—En la escritura Nº 413, por la cual fue convertida la deuda, se habló de "la proporción fijada en la ley". Entiende la corte que la aludida ley fijó en su artículo 15 la proporción en que podían satisfacerse las obligaciones particulares, aunque no señaló precisamente ese tipo como lo hizo en sus artículos 4º y 12 para los asuntos oficiales. Ni era razonable que precisara la cifra del comercial, sujeto siempre a oscilaciones.

11ª—No pudiera hablarse de vicio en la liquidación, si el acreedor hubiese dado con pruebas algún respaldo a la explicación de causa hecha por su apoderado ante la corte, en estas palabras textuales:

"A mediados de 1917, es decir, cuando faltaban seis meses para el vencimiento del plazo, el señor Martínez manifestó al doctor Herrera que le era imposible satisfacer sus dos obligaciones en diciembre de ese año; le ofreció pagar los veinte mil francos en el mes de julio, y le pidió dos cosas: una prórroga para la obligación concerniente a los treinta mil pesos en moneda de plata, y la cancelación parcial de la hipoteca, señalándole la casa de Pasto para la liberación del gravamen. El doctor Herrera le hizo saber al señor Martínez que no tenía inconveniente en cancelar la hipoteca que pesaba sobre la casa de Pasto y en otorgarle la prórroga solicitada, siempre que se hiciera la conversión de la moneda estipulada por moneda de oro legal, en la proporción de doscientos pesos plata por cien pesos oro, por estar ordenado el cambio de las monedas de plata nacionales acuñadas antes de 1911. El señor Martínez aceptó la justa condición que exigía el doctor Herrera, quien en vista de tal aceptación se dirigió a Pasto con el fin de perfeccionar lo convenido. Allí debía entenderse con el señor Luis María Troya, apoderado general del señor Delfín Martínez, y con el doctor Gonzalo Miranda, abogado del mismo, a quien su mandante les había im-

partido instrucciones desde Ipiales, como lo declara el señor Troya en la declaración jurada que corre al folio 130 del cuaderno principal".

Si los aludidos antecedentes estuvieran probados, explicarían un contrato conmutativo en que el deudor, a cambio de obtener la cancelación parcial de la hipoteca que garantizaba toda la deuda, y la prórroga del plazo primitivo, convenía en pagar el saldo a un determinado tipo de cambio, más gravoso que el comercial.

Esos antecedentes le darían causa suficiente y válida a la posterior liquidación de la escritura número 413. Pero no estando demostrados, se vuelve a los razonamientos que le asignan causa real a la deuda del mutuario hasta el límite fijado por el tipo de cambio comercial, para un contrato de mutuo celebrado en 1913, y falsa causa al exceso de aquel límite, no amparado por la ley 65 de 1916 en cuanto de esta ley no era natural entender que se tomaba el tipo de cambio oficial sino el comercial.

Si el contrato llegó a tener, como lo insinúa el señor abogado del acreedor, carácter de "transacción", ésta no sería válida porque el mandatario no usó de un poder especial para transigir, en donde se especificaran los bienes, derechos y acciones sobre que se transigiese.

12ª—Del 18 de enero de 1913, fecha del mutuo, al 19 de julio de 1917, fecha de la conversión, Martínez debía a Herrera $ 30.000 en moneda de plata; desde la última fecha quedó debiéndole $ 12,000 en oro legal. Por tanto, en el primer período los intereses debían pagarse en plata y en el segundo período en oro legal.

13ª—Los intereses pagados después del 19 de julio de 1917 deben liquidarse así: los satisfechos en oro legal, por su valor nominal; los satisfechos en plata, convirtiendo su valor en oro legal al tipo comercial del doscientos cincuenta por ciento (250%).

14ª—Se tienen como probados los pagos hechos por el deudor a que alude el cuadro de fojas 141 y siguientes, elaborado por los peritos de primera instancia, y se abonarán teniendo en cuenta lo que se ha dicho anteriormente respecto a cambio de monedas.

15ª—Asimismo se tienen como indubitables los recibos de fojas 157 y siguientes, reconocidos por el acreedor en confesión judicial corriente en foja 213 vuelta, y se abonarán de acuerdo con la observación que se ha hecho sobre cambio de monedas.

16ª—A fojas 155 y 156 hay prueba de que el deudor hizo al acreedor dos abonos a cuenta de capital, así: uno por $ 5.000.00 en oro legal, el 26 de agosto de 1919, y otro por $ 1.000.00 moneda legal, el 28 de julio de 1924.

17ª—Martínez debe a Herrera lo siguiente, en oro legal:

a) Por capital, seis mil pesos ($ 6.000.00)

b) Intereses de doce mil pesos ($ 12.000.00) desde el 19 de julio de 1917 hasta el 26 de agosto de 1919, inclusive.

c) Intereses de siete mil pesos ($ 7.000.00) desde el 27 de agosto de 1919 hasta el 28 de julio de 1924, inclusive.

ch) Intereses de seis mil pesos ($ 6.000.00) desde el 29 de julio de 1924 hasta el día del pago.

Los intereses se liquidarán al tipo del diez por ciento anual (10%).

Del total que arrojen las sumas de las cantidades a que se refieren las letras a), b), c) y ch), se restará la suma a que asciendan en total los abonos o pagos que por concepto de intereses haya hecho Martínez desde el 19 de julio de 1917, siendo entendido que no habrá lugar a capitalización de intereses ni habrá que tomar en consideración para nada las diversas fechas en que fueron hechos por Martínez los referidos pagos de intereses.

18ª—Si el deudor comprobare haber efectuado otros pagos distintos de los a que se ha aludido, tendrá derecho a que se le abonen según las bases dadas.

19ª—Si el deudor tiene o no tiene derecho a rebaja según la constitución, leyes y decretos de Colombia, es punto en que la corte no debe inmiscuirse en este juicio.

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:

Revócase la sentencia proferida por el juzgado del circuito de Pasto, con fecha 9 de agosto de 1935, y en su lugar se resuelve:

1º—Declárase probada la excepción de nulidad, por falsa causa consistente en error sobre un punto de derecho, de la liquidación contenida en la escritura número 413, de 19 de julio de 1917, otorgada en la notaría 2ª del circuito de Pasto, en cuanto esa liquidación excedió, por capital, de $ 12.000.00 en oro legal.

2º—Condénase a Delfín Martínez a pagar a Luciano Herrera, en la ciudad de Pasto, dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria de este fallo, el saldo que contra aquél resulte, por capital e intereses, con los elementos dados en la parte motiva de este

fallo. Sobre el saldo de capital que resulte seguirá pagando intereses hasta que efectúe el pago, al diez por ciento anual (10%).

3º—Declárase que la hacienda de "Cariaco", a que se refiere la declaración tercera de la sentencia proferida por el tribunal, declaración no casada, es un inmueble que no está especialmente afecto al pago de las cantidades que cobra Herrera por medio de este juicio.

4º—Sin costas en las instancias ni en el recurso.

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 int.

ERROR ARITMETICO

El error numérico a que se refiere la ley es el que resulte de la operación aritmética que se haya practicado, sin variar o alterar los elementos numéricos de que se ha compuesto o que han servido para practicarla; es decir, que sin alterar los elementos numéricos, el resultado sea otro diferente; habría error numérico en la suma de 5, formada por los sumandos 3, 2 y 4.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Civil.—Bogotá, febrero once de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente, Dr. Miguel Moreno Jaramillo).

En la sentencia de instancia proferida por la Corte el 12 de noviembre de 1936, en el juicio ordinario de Luciano Herrera contra Delfín Martínez, se dijo que no habría "que tomar en consideración para nada las diversas fechas en que fueron hechos por Martínez los referidos pagos de intereses".

El señor apoderado de Martínez recibió de éste instrucciones para que obtuviera "la rectificación del error aritmético", que ha creído ver en el aludido punto de la sentencia, y al efecto dirigió un memorial invocando el artículo 483 del Código de Procedimiento.

Ante todo observa la Corte que, como lo ha expuesto en repetidas sentencias, el error numérico a que se refiere la ley es el que resulte de la operación aritmética que se haya practicado, sin variar o alterar los elementos numéricos de que se ha compuesto o que han servido para practicarla; es decir, que sin alterar los elementos numéricos, el resultado sea otro diferente: habría error numérico en la suma de 5, formada por los sumandos 3, 2 y 4.

La solicitud no tiene apoyo en el artículo 483.

El censurado concepto de la Corte es claro y lo estampó ella fundándose en lo siguiente:

Durante varios años pagó Martínez intereses a Herrera, dentro de la creencia, común a ambos, de que el capital debido ascendía a $ 15,000.00. De ahí que el acreedor imputara los pagos a intereses. Fue esa la intención de las dos partes. Como casado el fallo del tribunal a virtud de error alegado por el demandado, y proferida la sentencia de instancia, se llegó a la conclusión de que el capital no era de $ 15,000.00 sino apenas de $ 12,000.00, es claro que a Martínez pudieron quedarle en poder de Herrera sobrantes de intereses, que aquél debería a éste sin intereses porque esos sobrantes no los recibió de mala fe. Dice el artículo 2318 del Código Civil: "El que ha recibido dinero o cosa fungible que no se le debía, es obligado a la restitución de otro tanto del mismo género y calidad. Si se ha recibido de mala fe debe también los intereses corrientes". La ley no tiene que suplir en este caso el silencio de las partes. El deudor tuvo la intención de satisfacer intereses y el acreedor tuvo la intención de imputar lo pagado también a intereses. La reducción del capital, decretada por la Corte, pudo producir el resultado de los sobrantes. Ese ha sido sencillamente el fenómeno. De ahí que no haya que tomar en consideración para nada las diversas fechas en que fueron hechos los pagos de intereses. Al cumplirse la sentencia, Martínez le paga a Herrera con los sobrantes de intereses que éste le adeudare más la cantidad necesaria para cumplir su obligación. No huelga agregar que no se trataba de una deuda de amortización gradual, en que el deudor pudiera obligar al acreedor a recibir por partes lo que le debía y que en el mutuo a interés no puede el mutuario renunciar al plazo.

Martínez debe pagar a Herrera el saldo que contra aquél resulte, por capital e intereses, con los elementos dados en el fallo de instancia, elementos que no envuelven ningún error aritmético y que la Corte mantiene sin variación alguna.

No se accede a lo pedido.

Notifíquese.

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

ACCION DE «IN REM VERSO»—PAGO DE LO NO DEBIDO.—ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA.—ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA.—DOCTRINA DEL ARTICULO 2313 DE NUESTRO CODIGO CIVIL.

1. El enriquecimiento sin causa estriba en el principio general de derecho de que nadie puede enriquecerse torticeramente a costa de otro. 2. Cinco son los elementos constitutivos del enriquecimiento sin causa, sin cuya reunión no puede existir aquél, a saber: 1o Que exista un enriquecimiento, es decir, que el obligado haya obtenido una ventaja patrimonial, la cual puede ser positiva o negativa. Esto es, no sólo en el sentido de adición de algo sino también en el de evitar el menoscabo de un patrimonio. 2o. Que haya un empobrecimiento correlativo, lo cual significa que la ventaja obtenida por el enriquecido haya costado algo al empobrecido, o sea que a expensas de éste se haya efectuado el enriquecimiento. 3o. Para que el empobrecimiento sufrido por el demandante, como consecuencia del enriquecimiento del demandado, sea injusto, se requiere que el desequilibrio entre los dos patrimonios se haya producido sin causa jurídica. 4o. Para que sea legitimada en la causa la acción de IN REM VERSO, se requiere que el demandante, a fin de recuperar el bien, carezca de cualquiera otra acción originada por un contrato, un cuasicontrato, un delito, un cuasidelito, o de las que brotan de los derechos absolutos. 5o. La acción de IN REM VERSO no procede cuando con ella se pretende sostayar una disposición imperativa de la ley. 3. El artículo 2313 del C. C. en nada modifica los supuestos y efectos anotados. Exige sí, para el pago de lo no debido, la presencia además de estas dos condiciones: a) Que la prestación se haya hecho con la intención de cumplir con ella una obligación, y b) Que la deuda no exista al tiempo de la prestación, sea porque ya estaba extinguida, sea porque nunca haya existido. Supuesto de la primera condición es, por lo tanto, el error, porque si el pago se hace a sabiendas de que no se estaba obligado a ello, mal podía haber lugar a repetir. Por lo demás, no obsta que ese error sea de derecho o inexcusable.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil. Bogotá, noviembre diez y nueve de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Juan Francisco Mújica)

MATERIA DEL PLEITO

El 30 de octubre de 1933, ante el Juzgado 1o. Civil del Circuito de Medellín, la sociedad anónima Cine Colombia demandó al Municipio de Medellín para que se le condenara: a). A entregar a la demandante tres mil setecientos treinta pesos catorce centavos ($ 3,730.14), precio de lo que ella pagó excesivamente por el servicio de energía eléctrica en la instalación número 5241 del Teatro Junín; b). A pagar los intereses legales de esa suma "a partir de las fechas en que se verificaron cada uno de los pagos parciales de lo no debido que hizo Cine Colombia"; c). A devolver, en subsidio, tres mil trescientos cuarenta y tres pesos noventa y siete centavos ($ 3,343.97), valor del exceso entregado por el demandante por el consumo de energía eléctrica en la instalación dicha, junto con sus intereses legales, a partir de las fechas en que Cine Colombia "hizo al Municipio los pagos de lo no debido que en esta acción reclama".

Los hechos en que apoya su demanda, se sintetizan así: 1º El nueve de noviembre de 1928 Cine Colombia y el Municipio de Medellín celebraron un contrato sobre prestación del servicio de energía eléctrica para un lapso de dos años, contados desde el 4 de octubre de ese año, contrato que fue prorrogado por dos años más. De las estipulaciones pertinentes de esa convención aparece que las Empresas Públicas Municipales suministrarían a Cine Colombia "todos los servicios que ellas prestan, conforme a los reglamentos y tarifas vigentes; por todo servicio de alumbrado para el Teatro Junín, inclusive el alumbrado exterior, alumbrado de propaganda comercil, alumbrado interior, etc., se prestará en las condiciones previstas en este contrato y de acuerdo con los reglamentos, en cuanto éstos no se opongan a lo aquí convenido". Por tales servicios la actora pagaría: "a). Una cuota fija de ciento cuarenta pesos ($ 140) por mes, sea que utilice o no el alumbrado; b). Además de la cuota dicha, pagará siete centavos por cada kilovatio-hora consumido, según registro del contador. Tercero. En caso de que por fuerza mayor o caso fortuito la compañía no utilice el alumbrado para el Teatro por más de treinta días consecutivos, la cuota de ciento cuarenta pesos de que se habla en el numeral a) del artículo 2º de este contrato, se rebajará a cincuenta pesos por cada mes."

2º Cuando la celebración del contrato existía en el Teatro Junín la instalación eléctrica número 1154, integrada por ocho

contadores. El consumo de energía correspondiente a esa instalación se computaba y se ha pagado conforme a la tarifa estipulada, o sea, a razón de siete centavos el kilovatio-hora consumido, más ciento cuarenta pesos fijos mensuales.

Del 14 de diciembre de 1929 a abril, inclusive, de 1932 funcionó en el Teatro Junín la instalación eléctrica número 5241. El consumo de energía correspondiente a esta instalación lo pagó la actora a razón de treinta (30) centavos el kilovatio-hora consumido, cuyo desembolso asciende por lo tanto a cuatro mil trescientos sesenta y un pesos setenta centavos ($ 4,361.70).

3º La instalación número 5241 fue denunciada equivoadamente como un servicio de alumbrado "por contador". En realidad, ese servicio de energía estaba destinado a mover el equipo parlante "lo que constituye un consumo de energía completamente distinto" denominado "varios por contador", servicio éste que en el lapso dicho se cobraba a razón de cuatro centavos el kilovatio-hora consumido, según la tarifa de las Empresas Públicas Municipales de energía eléctrica, a causa de lo cual el Municipio, prevalido de "un error de denominación", cobró o treinta centavos, lo que según su tarifa valía a cuatro centavos por kilovatio-hora.

4º Tan pronto como Cine Coombia cayó en la cuenta del error cometido al denunciar la instalación número 5241, varió su denominación, la cual figura ahora en la clasificación de varios por contador, tiene el número 487 y se liquida a razón de centavo y medio el kilovatio-hora consumido, según la tarifa vigente.

El consumo de energía en la instalación número 5241 de diciembre de 1929 a abril, inclusive, de 1932, fue de 14,539 kilovatios-hora. De acuerdo con la tarifa general, vigente en ese entonces, sobre ese consumo ha debido pagar la demandante quinientos ochenta y un pesos cincuenta y seis centavos ($ 581.56), o sea, a cuatro centavos por kilovatio-hora. Pero como efectivamente pagó cuatro mil trescientos sesenta y un pesos setenta centavos ($ 4,361.70), la diferencia entre estas dos cantidades es la que debe restituir el Municipio de Medellín.

5º Si se acepta la hipótesis improbable de que la denominación equivocada obligaba a Cine Colombia a pagar el consumo de energía en la instalación número 5241 como un servicio de alumbrado por contador, el Municipio no estaba autorizado a cobrarlo, como lo hizo, a razón de treinta centavos el kilovatio-hora, sino a siete centavos, de acuerdo con la tarifa contractual a que se refiere el contrato de 9 de noviembre de 1928.

6º Los hechos fundamentales de esta acción plantean este dilema: "O el consumo de energía eléctrica correspondiente a la instalación número 5241, destinada a mover el equipo parlante, se debía considerar como un servicio de varios por contador, y, en consecuencia, la tarifa aplicable era la de cuatro centavos el kilovatio-hora consumido, o se debía considerar como servicio de alumbrado, por haberse denominado equivocadamente así, y entonces debía liquidarse el consumo a razón de siete centavos el kilovatio-hora, según la tarifa estipulada en el contrato sobre suministro de energía celebrado entre el Municipio y Cine Colombia".

7º La actora, sin haber caído en la cuenta de su derecho a reclamar una suma mayor, sólo pidió al Municipio, el 15 de julio de 1932, se le reconciera y compensara en servicios la diferencia entre lo pagado por consumo de energía en la instalación número 5241, a razón de treinta centavos el kilovatio-hora y lo que contractualmente debía pagar, o sea a razón de siete centavos.

8º Varios empleados del Municipio emitieron concepto favorable a la petición de la actora, y aun se llegó a aprobar en primer debate por el Concejo Municipal un proyecto de transacción, el cual no fue contrato debido "a una de esas extrañas cosas que ocurren donde muchos opinan."

El Tribunal Superior de Medellín, en sentencia del 15 de mayo de 1935, revocó la de primera instancia y absolvió al demandado de los cargos de la demanda.

Consideró el Tribunal que para determinar si el contrato ajustado entre Cine Colombia y el Municipio en 1928 comprende al pactado en 1929, por razón de la instalación número 5241, debe estarse a la voluntad presunta de las partes, la cual se infiere de los términos de ambas convenciones y de los actos ejecutados por los contratantes.

La circunstnacia de que Cine Colombia, estando a la sazón vigente el contrato, no hubiera consumido mayor energía o no se hubiera entendido con el empresario para agregar a la instalación número 1154 los elementos necesarios a procurar ese mayor consumo, crea una "zona de duda acerca de la intención de Cine Colombia de incorporar el nuevo contrato en el antiguo".

El hecho de que Cine Colombia solicitara la prórroga del contrato de 1928 un año después de estarse sirviendo de la instalación

número 5241, sin haber aprovechado la ocasión para corregir el error "amplía esa zona de duda sobre la intención de la actora". Esa duda se acentúa más ante la consideración de que durante veintinueve meses pagó Cine Colombia un precio cerca de cinco veces superior al fijado en el contrato de 1928. Diferencia numérica ésta "tan considerable y tan valiosa en dinero que hace imposible admitir un descuido, la poca monta de la suma, el deseo de evitarse molestias u otros motivos semejantes".

La explicación de que la compañía se sometiera a pagar un precio considerablemente superior al contratado en 1928, es también una cuestión "oscurecida por la duda".

No se puede aceptar, como lo afirma el Juzgado, que Cine Colombia estuvo manejado por personas negligentes cuando se hizo el contrato de la instalación número 5241, porque ello se opone a la realidad. Tampoco es admisible suponer engaño por parte del Municipio, desde luego que no existe ningún elemento que haga siquiera factible esa posibilidad moral. "El engaño habría sido descubierto y denunciado a la primera cuenta para el pago del servicio".

Es posible que la compañía para evitar peligros como el de que el contrato de 1928 no fuera prorrogado o con el fin de hacer simplemente un ensayo de sus nuevos implementos "adoptara el camino más sencillo que le evitaba los inconvenientes de instalaciones de otro carácter para un período que podía ser limitado, no obstante el mayor costo del servicio". En todas estas hipótesis y en las que puedan suponerse queda siempre latente el ánimo contractual o por lo menos la duda que no se ha desvanecido con los elementos del proceso este ánimo y en tales circunstancias hay que resolverla en favor del demandado".

De ahí que jurídicamente no se ha incorporado el contrato de 1929 sobre suministro de alumbrado por contador en el de 1928.

No se probó que la energía de la instalación número 5241 sólo fuera empleada para mover el motor del aparato de cine parlante. En el supuesto contrario subsiste "el tenor contractual de la nota de pedido en que se habla de alumbrado por contador y no de fuerza motriz"; además la ejecución práctica y costosa de ese contrato por parte de Cine Colombia durante veintinueve meses, no obstante el aviso mensual que recibía la compañía en la correspondiente carta de pago otorgada por el Municipio y el derecho reconocido a los suscriptores de poner término al servicio o de cambiarlo por otro en cualquier momento. La voluntad contractual está claramente manifestada y aun cuando el arrendatario o comprador o como quiera llamársele del servicio de energía haya utilizado tal energía en un objeto diferente de aquél para el cual le fue suministrado, la empresa se lo proporcionó en la forma estipulada y no puede prevalerse de esa circunstancia para romper el vínculo contractual".

Desde otro punto de vista, por el uso de toma-corrientes, la instalación para luz o alumbrado permite el triple servicio de fuerza, luz y calefacción, por cuyo motivo ha podido ser más ventajosa para Cine Colombia esa instalación que la destinada solamente para fuerza motriz.

MATERIA DEL RECURSO DE CASACION

El recurrente acusó la sentencia por la causal primera de las indicadas en el art. 520 del Código Judicial.

El Tribunal violó el art. 1602 del C. C. porque no reconoció efecto a lo estipulado en el contrato especial de 1928, en el cual Cine Colombia gozaba de una tarifa distinta de la general "por todo servicio de alumbrado para el Teatro Junín". Y no obstante que en la sentencia se acepta la utilización para alumbrado por contador de la instalación Nº 5241, no se admite la tarifa convenida entre los litigantes para esa clase de servicios, desconociendo así el Tribunal la fuerza legal que tienen las convenciones.

El Tribunal violó el art. 1618 del Código Civil.

La sentencia descuida el análisis de la intención claramente conocida de los contratantes y busca una voluntad presunta que contraría lo inequívocamente expresado en el contrato, sin limitación de tiempo ni de cantidad, en relación con la tarifa especial para todo servicio de alumbrado.

En la interpretación de los contratos, no es jurídico dar preeminencia a la voluntad de los contratantes conocida por simples presunciones sobre el claro tenor de las palabras que manifiestan esa voluntad.

En la hipótesis de la falta de claridad de las cláusulas contractuales, la voluntad presunta no puede ser la de que las partes limitaran la tarifa especial convenida a las instalaciones existentes al tiempo de la convención o al consumo de la energía suministrada por medio de ellas.

MOTIVOS

El Municipio de Medellín, policitante, celebra con sus suscriptores, para el servicio

de energía eléctrica, un contrato por adhesión, pero con Cine Colombia pactó una tarifa especial de siete centavos el kilowatio-hora consumido, por todo servicio de alumbrado para el Teatro Junín.

La circunstancia de que Cine Colombia formulara su petición para la revisión y conexión de la instalación Nº 5241, denominándola de acuerdo con la clasificación de la oferta de alumbrado por contador, como si se tratara de suscribir al contrato por adhesión, no hace presumir la voluntad de la demandante de prescindir al respecto de la convención especial ajustada entre las partes.

Económicamente considerada, no es presumible la intención de Cine Colombia de pagar el precio de treinta centavos por kilowatio-hora consumido, establecido en la tarifa general, en vez de los siete centavos fijados en el convenio especial.

Desde el punto de vista jurídico, este pacto especial derogaba entre las partes, para el Teatro Junín, el precio de los servicios por alumbrado establecido en la tarifa de la policitación.

De ahí que los efectos de este pacto especial en nada se modifiquen por la circunstancia de que Cine Colombia hizo su solicitud para el servicio de alumbrado por la instalación Nº 5241 en la forma de suscribir al contrato por adhesión.

Lo dicho demuestra el manifiesto error de hecho en que incurrió el Tribunal al negarse a considerar "incorporado el contrato de 1929 sobre suministro de alumbrado por contador en el de 1928". En virtud de ese error se absolvió al demandado, violando a la vez los artículos citados por el recurrente.

Por lo demás, observa la Corte que el artículo 234 del C. J. versa sobre el procedimiento y es completamente ajeno a los problemas de interpretación de contratos. En toda controversia relativa a este último punto, el Tribunal no puede adoptar una actitud dubitativa, porque el recurrir a la justicia en tales casos tiene por objeto, precisamente, que el juez decida cuál fue la verdadera intención y el querer de los contratantes.

SENTENCIA DE INSTANCIA

A falta de una fórmula dogmática en nuestro C. Civil, como existe, tanto en las legislaciones suiza y alemana como en las posteriores a éstas, relativa al enriquecimiento sin causa, fuente de obligaciones, la jurisprudencia (entre nosotros con apoyo en los artículos 5, 8 y 48 de la ley 53 de 1887. Consúltense las sentencias de 19 de agosto y 19 de septiembre de 1925, las cuales contienen esta misma teoría), y la doctrina se han encargado de establecer su fundamento, delimitando el ámbito de su dominio y aplicación y precisando sus elementos constitutivos.

El enriquecimiento sin causa estriba en el principio general de derecho de que nadie puede enriquecerse torticeramente a costa de otro.

Los casos especiales de enriquecimiento sin causa contenidos en nuestro Código Civil, notoriamente en lo referente al pago de lo no debido, no destruyen la unidad de esta noción de derecho, fuente de obligaciones, por cuanto que las aludidas normas de aquella obra divergen sólo en las particularidades de esos casos.

Cinco son los elementos constitutivos del enriquecimiento sin causa, sin cuya reunión no puede existir aquél, a saber:

1º Que exista un enriquecimiento, es decir, que el obligado haya obtenido una ventaja patrimonial, la cual puede ser positiva o negativa. Esto es, no sólo en el sentido de adición de algo sino también en el de evitar el menoscabo de un patrimonio.

2º Que haya un empobrecimiento correlativo, lo cual significa que la ventaja obtenida por el enriquecido haya costado algo al empobrecido, o sea que a expensas de éste se haya efectuado el enriquecimiento.

Es necesario aclarar que la ventaja del enriquecido puede derivar de la desventaja del empobrecido, o, a la inversa, la desventaja de éste derivar de la ventaja de aquél.

Lo común es que el cambio de la situación patrimonial se opere mediante una prestación dicha por el empobrecido al enriquecido, pero el enriquecimiento es susceptible de verificarse también por intermedio de otro patrimonio.

El acontecimiento que produce el desplazamiento de un patrimonio a otro debe relacionar inmediatamente a los sujetos activo y pasivo de la pretensión de enriquecimiento, lo cual equivale a exigir que la circunstancia que origina la ganancia y la pérdida sea una y sea la misma.

3º Para que el empobrecimiento sufrido por el demandante, como consecuencia del enriquecimiento del demandado, sea injusto, se requiere que el desequilibrio entre los dos patrimonios se haya producido sin causa jurídica.

En el enriquecimiento torticero, causa y título son sinónimos, por cuyo motivo la

ausencia de causa o falta de justificación en el enriquecimiento, se toma en el sentido de que la circunstancia que produjo el desplazamiento de un patrimonio a otro no haya sido generada por un contrato o un cuasi-contrato, un delito o un cuasi-delito, como tampoco por una disposición expresa de la ley.

4º Para que sea legitimada en la causa la acción de in rem verso, se requiere que el demandante, a fin de recuperar el bien, carezca de cualquiera otra acción originada por un contrato, un cuasi-contrato, un delito, un cuasi-delito, o de las que brotan de los derechos absolutos.

Por lo tanto, carece igualmente de la acción de in rem verso el demandante que por su hecho o por su culpa perdió cualquiera de las otras vías de derecho. El debe sufrir las consecuencias de su imprudencia o negligencia.

5º La acción de in rem verso no procede cuando con ella se pretende soslayar una disposición imperativa de la ley.

El objeto del enriquecimiento sin causa es el de reparar un daño pero no el de indemnizarlo. Sobre la base del empobrecimiento sufrido por el demandante, no se puede condenar sino hasta la porción en que efectivamente se enriqueció el demandado.

El art. 2313 del C. C. en nada modifica los supuestos y efectos anotados. Exige sí, para el pago de lo no debido, la presencia además de estas dos condiciones: a) Que la prestación se haya hecho con la intención de cumplir con ella una obligación, y b) Que la deuda no exista al tiempo de la prestación, sea porque ya estaba extinguida, sea porque nunca haya existido.

Supuesto de la primera condición es, por lo tanto, el error, porque si el pago se hace a sabiendas de que no se estaba obligado a ello, mal podía haber lugar a repetir. Por lo demás, no obsta que ese error sea de derecho o inexcusable.

El contrato celebrado entre Cine Colombia y el Municipio de Medellín para el suministro de energía eléctrica no es de arrendamiento, sea de obra o de prestación de servicios, o de goce de una cosa, porque para ello se requeriría, lo que no acontece aquí, que lo prometido por el Municipio hubiera consistido, en su orden, en un resultado, en una prestación de trabajo, en el uso de una cosa. Además, lo que realmente suministró el Municipio, la energía, era consumida por el demandante.

Tampoco es de compraventa ese contrato porque el fluido eléctrico no es una cosa, sin embargo de lo cual debe regulársele, según la doctrina, por analogía del de aquél.

En este pleito Cine Colombia solamente ha ejercitado la acción de in rem verso como brotante de dos derechos, la elección de uno de los cuales destruiría al otro dentro de una hipótesis absoluta que no es la contemplada.

Para que procediera la acción por pago de lo no debido que inhiere a la pretensión principal, Cine Colombia ha debido probar que pagó un precio superior al pactado, no, como lo alegó, por error en la estipulación, que éste sería entonces fuente de una acción de nulidad del contrato por vicio del consentimiento, sino por haber extinguido su obligación como una parte de la suma pagada.

La pretensión subsidiaria en que se apoya la acción de in rem verso, no fue destruída por la principal —que a causa de lo dicho se desestima— porque de los hechos de la demanda, especialmente del 13º, aparece que cuando Cine Colombia solicitó el servicio por la instalación Nº 5241, su voluntad no fue la de suscribir al contrato de adhesión, prescindiendo, por lo tanto, del especial. Esta última acción reúne todas las condiciones necesarias para su procedencia, porque los sucesivos pagos que hizo Cine Colombia se encaminaron a cumplir su obligación de satisfacer el precio convenido de siete centavos por kilowatio-hora consumido. Siendo las cantidades entregadas a ese fin por la demandante superiores a la cuantía de su prestación, ésta quedaba extinguida en la porción correspondiente. El exceso no lo pagó Cine Colombia a sabiendas de que no estaba obligado a ello, sino en virtud de un error producido por la circunstancia de que quien hacía mensualmente la liquidación para el pago de los kilowatios-hora consumidos era el Municipio.

RESOLUCION

En virtud de los motivos expuestos, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa la sentencia del Tribunal Superior de Medellín proferida el 15 de mayo de 1935, y en su lugar resuelve:

1º Condénase al Municipio de Medellín a devolver a Cine Colombia, S. A., la cantidad de tres mil trescientos cuarenta y tres pesos noventa y siete centavos ($ 3.343.97) valor de lo que pagó en exceso la demandante por el consumo de energía eléctrica

correspondiente a la instalación Nº 5241 del Teatro Junín. Este pago deberá efectuarse por el demandado dentro de los quince días siguientes al de la ejecutoria del auto en que por el inferior se dé cumplimiento a esta sentencia.

2º Revócase la sentencia que el 25 de junio de 1934 pronunció el Juzgado 1º Civil del Circuito de Medellín

Sin costas.

Notifíquese, cópiese y publíquese. Insértese en la GACETA JUDICIAL copia de este fallo.

Antonio Rocha, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J., Juan Francisco Mújica, Eduardo Zuleta Angel, Emilio Prieto Hernández, Srio. into.

RESTITUCION DE UNA FINCA ARRENDADA

El principio de la indivisibilidad de la confesión consagrado por el artículo 609 del C. J. consiste en prohibir que se desacompañen las respuestas del confesante para atribuir eficacia a las que le perjudiquen. Para que haya confesión es requisito que el hecho afirmado por la otra parte perjudique a quien lo reconoce.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil. Bogotá, noviembre diez y nueve de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente, Dr. Juan Francisco Mújica)

MATERIA DEL PLEITO

Luis Felipe Campo demandó a Jorge Vivas Lasso para que se condenara a éste a restituir un solar de propiedad de aquél, cuya tenencia tenía el demandado en calidad de arrendatario del actor. Para que la restitución del solar se hiciera en el estado en que le fue entregado, o sea, cercado por sus costados sur y occidente con muros dobles de ladrillo, con una enramada sostenida sobre pilastras de adobe, cubierta con tejas de barro cocido, con una instalación de acueducto y con algunos materiales para construcción, piedra y ladrillo. Para que pague al actor el precio del arrendamiento a razón de veinticinco pesos ($ 25,00) mensuales, a partir del 3 de noviembre de 1932 hasta cuando se verifique la restitución. Y, por último, a pagar igualmente los perjuicios ocasionados por el incumplimiento.

Se ejercita igualmente el derecho de retención por parte del actor.

Los hechos que aparecen demostrados en el pleito son éstos: Campo y Vivas Lasso se vincularon por medio de un contrato verbal de arrendamiento de un solar. El uso para el cual se destinó el inmueble fue la instalación de un expendio de gasolina y el servicio de garages.

Los costados sur y occidente de la finca que limitaban con la carretera central estaban cerrados por medio de un muro de ladrillo.

El contrato, cuya fecha de celebración se ignora, terminó el 3 de noviembre de 1932. Y desde ese día el arrendatario dejó de pagar el precio del arrendamiento.

El demandado demolió los muros de ladrillo, destruyó la enramada y se aprovechó de todos esos materiales y de los que había en el solar, empleándolos en las obras necesarias para la explotación del negocio a que se destinó el solar. Algunos de esos materiales los vendió.

El arrendatario se niega a restituir el solar porque pretende haber hecho algunas mejoras que no se le han pagado, no obstante el arrendador no haberse obligado de manera expresa a abonárselas.

Vivas Lasso contrademandó para que se condenara a Campo a pagarle la cantidad de quince mil pesos ($ 15,000.00), o lo que se determine pericialmente, como valor comercial de las cosas que a título de mejoras enumera el actor; se le reconozca su derecho de retención sobre el solar; se le declare exento de la obligación de pagar los arrendamientos del solar desde el 3 de noviembre de 1932, y se condene a Campo al resarcimiento del daño sufrido.

Como hechos adujo el de la existencia del contrato verbal de arrendamiento, el de su objeto, que "era la explotación de la venta de gasolina, expendio de repuestos y útiles automoviliarios y el establecimiento de un servicio de garages". La autorización

de Campo para adaptar el solar al uso para el cual se destinaba. La ejecución de las obras necesarias a ese fin. El estado inadecuado en que Campo entregó el solar al arrendatario. Haber terminado el contrato unilateralmente y pretender la demolición de las obras costosas hechas en el solar. Y, por último, ante la imposibilidad de realizar su propósito de adquirir las mejoras por un precio ínfimo, apelar al medio de lanzar al arrendatario sin reconocerle el valor de ellas y la valorización comercial del lote.

SENTENCIA RECURRIDA

El Tribunal de Buga, con fecha 28 de septiembre de 1935, condenó a Vivas Lasso a restituír a Luis Felipe Campo el solar arrendado, con la reserva del derecho de retención del demandado sobre el lote hasta cuando Campo pague a aquél la suma de seis mil cuatrocientos quince pesos sesenta y seis centavos ($ 6,415.66), valor de las mejoras útiles y edificaciones de propiedad del demandado; a pagar el valor de los materiales de construcción que componían las dos paredes y la enramada, así como los demás que se encontraban allí depositados cuando el contrato; a pagar el valor del servicio del lote, a partir del 3 de noviembre de 1932 hasta la fecha de la ejecutoria del fallo, y a pagar "el valor correspondiente de un servicio de acueducto igual al que antes tenía dicho lote". El valor de estas tres últimas condenaciones sería determinado por el procedimiento que señala el artículo 553 del C. J.

Condenó a Luis Felipe Campo a pagar a Vivas Lasso, tres días después de la ejecutoria de la sentencia, seis mil cuatrocientos quince pesos sesenta y seis centavos ($ 6,415.66).

Consideró el Tribunal que la obligación de Vivas Lasso de restituir el solar era indiscutible, por cuanto que el contrato, por voluntad de las partes, expiró el 3 de noviembre de 1932 y el demandante requirió oportunamente al arrendatario para que cumpliera esa prestación.

Supuesto que el demandante tuvo conocimiento de las mejoras hechas por el arrendatario, se infiere que dio su consentimiento a ellas, dada la finalidad "para que fue arrendado el solar" y la circunstancia de que usó el servicio de dos garages y de que recibió gasolina en pago de los arrendamientos.

La exigencia del artículo 1994 del C. Civil no es procedente porque el demandado, por cuya confesión es como se ha establecido la existencia del vínculo contractual, añadió a ésta la afirmación de que el arrendador se había obligado a reembolsarle esas mejoras.

Tal confesión es indivisible porque la modificación añadida no constituye un hecho distinto que deje de tener íntima relación con el contrato mismo.

Además el solar carecía de las edificaciones necesarias para el negocio a que se le destinaba y no parece "lógico y racional" hacer esas obras sin la estipulación previa del reembolso de su valor por el arrendador, máxime si se tiene en cuenta el término del contrato, que fue corto.

El artículo 662 del C. J. consagra la presunción de que Vivas Lasso tomó en arrendamiento la finca sobre la base de que serían reconocidas por el arrendador las mejoras, presunción deducida de las circunstancias de que el mismo Campo confiesa en posiciones que para terminar el contrato preguntó al arrendatario a cuánto ascendía el valor de las mejoras con el fin de comprárselas, pero como el precio pedido fue inaceptable "el asunto no pasó de allí", manifestación ésta que debe tomarse en el sentido, no de que el arrendador no se hubiera obligado al pago de las mejoras, sino en el de que ese precio fijado unilateralmente se hiciera inaceptable. De la escogencia del lugar. El lote está admirablemente bien situado para el negocio de bomba de gasolina y servicio de garages. Y, por último, de que la casa de habitación del demandante se halla frente al solar, por cuyo motivo él presenció la ejecución de las obras y "su silencio al respecto es índice no sólo de su asentimiento sino también de su voluntad de abonarlas cuando fueran terminadas".

Aun cuando el artículo 1622 da una norma para la interpretación de los contratos escritos, ella es aplicable a los verbales. Máxime cuando la interpretación que se da a ese contrato consulta la equidad, puesto que se impide que el arrendatario laborioso pierda el fruto de su esfuerzo y se permita al arrendador hábil ganar la valorización del solar, a consecuencia de las mejoras, porque lo capacita para producir mejor renta y no se ve el peligro de que el arrendador carezca de los medios para pagar las mejoras, dada la holgura económica de éste.

Por otro aspecto, las edificaciones levantadas por Vivas Lasso, adhieren permanen-

temente al suelo; dieron al solar una fisonomía nueva y lo transformaron, por cuyo motivo esas edificaciones no encajan dentro del concepto de mejoras. Estas "sirven para complementar el conjunto, dependen de lo principal". De ahí que el artículo 1994 del C. C. no tenga aplicación en cuanto a esas edificaciones, porque hoy "no podría decirse que se trata de un solar sino de una edificación y sus dependencias, que tienen su nombre específico determinado que indica su finalidad, muy diferente de lo que antes era".

No es procedente la aplicación del artículo 739 del C. C., desde luego que, a causa de lo dicho, Vivas Lasso, en ejecución del contrato de arrendamiento, procedió a transformar la cosa que le entregó Campo, a ciencia y paciencia de éste. Esta solución es equitativa igualmente, dado que se trata de un poseedor de buena fe, a quien la ley protege en sus intereses para impedir "el fenómeno aberrante de ordenar la destrucción de una riqueza de uno de los contratantes cuando el otro consintió en que fuera creada". En cuanto a las paredes, enramada y materiales de construcción que existían en el solar, debe reembolsarse su valor al arrendador, estimándolos como simples materiales, porque "como a tales se redujo el beneficio que de ellos derivó el arrendatario", porque, con su uso, éste se servía de la casa arrendada, de acuerdo con el espíritu del contrato, para los fines a que estaba destinada".

Como el contrato de arrendamiento terminó el 3 de noviembre de 1932, no es exigible el precio del arrendamiento, a partir de esa fecha y tampoco es aplicable el artículo 2007 del C. C., porque el arrendatario ha retenido la cosa en ejercicio de un derecho suyo, pero como ha continuado beneficiándose de ella, Vivas Lasso debe pagar "ese valor, según la apreciación que corresponde hacer teniéndose en cuenta el producto o frutos que el arrendador hubiera podido derivar de tal bien, a partir de la fecha indicada hasta la ejecutoria del fallo".

MATERIA DEL RECURSO

Contra la sentencia interpuso recurso de casación el demandante, quien invocó la causal 1ª del artículo 520 del Código Judicial. Acusó la sentencia por violación de los artículos 606 y 609 del C. Judicial, a consecuencia de errores de hecho manifiestos en la apreciación de la confesión hecha en posiciones por Jorge Vivas Lasso y en la contestación a la demanda.

El primer artículo lo violó el Tribunal por no haber dado a la prueba de confesión su mérito de plena, y el segundo porque consideró establecida la existencia del contrato de arrendatamiento, con determinadas modificaciones, motivo por el cual el Tribunal no decidió el litigio de conformidad con las súplicas.

El Tribunal, al afirmar que la confesión de Vivas Lasso forma un todo indivisible, a causa de lo cual debe aceptarse al reconocer la existencia del contrato de arrendamiento con la modificación de que Campo pagaría las mejoras, incurrió en el error manifiesto de hecho consistente en haber tomado todas las posiciones absueltas por el demandado como un solo cuerpo, esto es, que debían ser aceptadas o rechazadas en su totalidad, y en error de derecho consistente en lo dicho sobre violación de los artículos citados.

Cada posición, según el artículo 612 del C. J., debe referirse a a un solo hecho. Por lo tanto, la respuesta dada a cada pregunta constituye por sí sola una confesión que es necesario analizar por separado, de acuerdo con los principios probatorios.

Los artículos 205 y 737 del C. J. indican también que la contestación a cada uno de los hechos de la demanda, si es susceptible de confesión, pueden constituir tantas confesiones cuantos hechos hayan sido consentidos por el demandado. "Pero el Tribunal desatendió y no tuvo en cuenta cada uno de los hechos confesados por el demandado y se limitó a decir que las confesiones todas constituían una confesión única e indivisible que era necesario aceptar o rechazar en su integridad, en virtud del principio de la indivisibilidad de la confesión".

Tales errores condujeron a la violación de los artículos 1622 inciso 3º, 976 inciso 2 y 1994 del Código Civil.

MOTIVOS

Vistos los artículos 609 del C. J. y 1994 del C. C., aparece manifiesto el error de hecho en que incurrió el Tribunal, porque no se encuentra en el cuadro de posiciones que absolvió Vivas Lasso ninguna modificación, aclaración o explicación concerniente a los tres hechos principales que configuran ese contrato de arrendamiento: Precio, cosa y término,

Una de las preguntas formuladas por el demandante tiende a establecer que éste no se obligó a pagar al demandado el valor de las mejoras. Esta pregunta fue absuelta negativamente.

El principio de la indivisibilidad de la confesión consagrada por el primero de los artículos citados, consiste en prohibir que se descompongan las respuestas del confesante para atribuir eficacia sólo a las que le perjudiquen.

Para que haya confesión se requiere que el hecho afirmado por la otra parte perjudique a quien lo reconoce. No es confesión de Vivas Lasso el negar que Campo no se obligó a pagar las mejoras.

Del último de los hechos de la demanda, consistente en afirmar que Vivas Lasso se niega a restituir el solar como lo recibió, pretextando "haber hecho unas mejoras, para las cuales no ha sido autorizado formalmente por el arrendador con la expresa condición de abonárselas", correspondía a Campo la carga de la prueba de la primera parte, y, de la segunda, al demandado, porque es la negación de una obligación cuya existencia, según el artículo 1757 del C. C., corresponde a él establecerla.

La confirmación de lo dicho se halla precisamente en la circunstancia de que Vivas Lasso demandó en reconvención para exigir la prestación de mejoras, basado en la obligación que, según dice Vivas, contrajo Campo, la cual no probó el demandado.

Por otro extremo, el Tribunal conceptuó que las mejoras consistían en el negocio de Vivas Lasso con todos sus elementos, lo cual es inaudito.

Procede, por consiguiente, la casación del fallo por los motivos dichos.

SENTENCIA DE INSTANCIA

Se ha probado con la confesión de Campo que éste arrendó el solar para la explotación de un negocio de venta de gasolina con bomba y servicio de garages.

De acuerdo con el artículo 1982 del C. C., el arrendador debe presentar la cosa en un estado adecuado para el uso convenido, por cuyo motivo correspondía al demandante demostrar, lo cual no hizo, que las paredes de ladrillo que cerraban el lote por los costados sur y occidente y la enramada construída dentro de él no impedían al arrendatario usarlo para el fin convenido.

De ahí que solamente tenga derecho al valor de los materiales, piedras, ladrillos y tejas, con que estaban hechas esas obras.

Extinguido el contrato de arrendamiento desde el 3 de noviembre de 1932, el incumplimiento del arrendatario de su obligación de entregar la cosa arrendada (obligación de resultado), ha dado nacimiento al derecho del arrendador de que se le resarzan los perjuicios sufridos.

Las bases con arreglo a las cuales debe hacerse la estimación de tales perjuicios, se configuran teniendo en cuenta, dado lo que acaba de decirse, que el daño es por lo menos igual al valor de los arrendamientos pendientes y que Campo no probó otros perjuicios distintos.

La casación debe ser parcial, debido a que Vivas Lasso no recurrió. Por esta causa no se casa lo referente al acueducto, que quedó bajo la consiguiente ejecutoria, como bajo ella quedó también lo decidido sobre pago de materiales preexistentes, y respecto de lo cual, sin pruebas en el proceso acerca de calidad y cantidad, el fallo pronuncia condenación y remite a las partes al artículo 553 del C. J.

Para mayor claridad, en la parte resolutiva del presente fallo, se reemplaza en lo casado los puntos respectivos con los que corresponde a la decisión de la Corte, y se reproducen, formando conjunto con aquéllos, las disposiciones a que acaba de aludirse, o sea las que, ejecutoriadas, por no ser materia del recurso, la Corte no ha entrado a revisar.

No es procedente la aplicación del inciso 2º del artículo 739 del C. C. en lo referente a lo edificado por Vivas Lasso, porque esa regla contempla uno de los casos del enriquecimiento sin causa, y en este pleito existe el título, que no es otro que el contrato de arrendamiento en virtud del cual se hicieron esos edificios.

RESOLUCION

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 la sentencia que el 28 de septiembre de 1935 pronunció el Tribunal Superior de Buga en este juicio ordinario y en su lugar resuelve:

1º Condénase a Jorge Alberto Vivas Lasso a restituir a Luis Felipe Campo, dentro de los diez días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, el solar de propiedad del demandante ubicado en Buga, comprendido dentro de estos linderos: por el oriente, con solar de propiedad de Cenón Peña, por

el occidente, con la carretera central, o sea la carrera 12; por el sur, con la carretera que se desprende de la central hacia el oriente, o sea la calle 1ª; y por el norte, con casa y solar de las señoritas Plazas.

2º Reconócese al demandante, para seguridad del pago a que se le condena al demandado, el derecho de retener todos los objetos con que Vivas Lasso ha amueblado, guarnecido y provisto el solar y que le pertenecen.

3º Condénose a Jorge Alberto Vivas Lasso a pagar a Luis Felipe Campo, en especie o en dinero, los materiales de construcción con que estaban formadas las tapias de los costados sur y occidente del expresado lote, como también los que componían la enramada que había dentro de él y los demás materiales existentes en el interior del solar, atendida la cantidad de ellos y su calidad, lo cual podrá ser establecido conforme lo determina el artículo 553 del C. J.

4º Condénase a Jorge Alberto Vivas Lasso a pagar a Luis Felipe Campo, dentro del plazo indicado en el punto primero de este fallo, los perjuicios procedentes de la falta de entrega del solar, los cuales se determinarán mediante el procedimiento indicado en el numeral anterior.

5º Condénase a Jorge Vivas Lasso a pagar a Luis Felipe Campo el valor correspondiente de un servicio de acueducto igual al que antes tenía en dicho lote, valor que se determinará conforme se establece en el tercer punto de esta providencia.

6º Una vez cumplidas sus obligaciones, reconócese a Jorge Alberto Vivas Lasso su derecho para separar y llevarse todos los materiales de su propiedad empleados en la cosa arrendada.

7º Absuélvese a las partes de los demás cargos mutuamente formulados.

8º Revócase la sentencia de fecha diez y siete de octubre de mil novecientos treinta y cuatro proferida por el Juzgado 1º del Circuito de Buga.

Sin costas.

Notifíquese, cópiese y publíquese. Insértese copia de esta providencia en la GACETA JUDICIAL.

Antonio Rocha, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno Jaramillo, Juan Francisco Mújica, Eduardo Zuleta Angel. Emilio Prieto Hernández, Srio. int.

RESCISION POR DOLO Y EN SUBSIDIO POR LESION ENORME.—ERROR.—DOLO.—DOCTRINA DE LOS EXPOSITORES SOBRE LAS RELACIONES ENTRE EL ERROR Y EL DOLO Y SUS DIFERENCIAS.—DOLO BUENO Y DOLO MALO. DOLO QUE DA CAUSA AL CONTRATO.—DOCTRINA DE RIPERT SOBRE LA LEALTAD EN LOS CONTRATOS

1.—La mera declaración de la cabida de un fundo no basta a conceptuar que se vende todo él cuando el contexto de la escritura de venta limita la transferencia a derechos del vendedor en el predio de cuya cabida total responde. 2.—Manifestar que se venden cuantos derechos de dominio se tienen en un fundo no es advertir que sólo se trasfiere una cuota de él. Con la misma declaración de enajenar los derechos del vendedor en un predio suelen encabezarse las trasferencias del todo 3.—Un error de los que de suyo no alcanzarían a viciar el consentimiento, de conformidad con lo pertinente de los arts. 1509 a 1512 del C. C., en viniendo de dolo, por esta sola circunstancia sí llega a ese extremo, si de otro lado, y apenas hay para qué advertirlo, concurren los demás elementos requeridos por el art. 1518 ibídem. 4.—En un contrato dado debe tenerse en cuenta no solamente de un lado la autoridad legítima de uno de los contratantes, sino la propia falta del otro. 5.—Dada la institución del registro, tal como funciona entre nosotros, no cabe alegar dolo por parte del vendedor de una finca en cuanto se le atribuya capacidad de anular un contrato de compraventa de un inmueble en el caso de negligencia o descuido del comprador en estudiar los títulos del vendedor, y menos aún cuando éste ha citado los títulos de su adquisición. Tal, al menos, es el caso del presente pleito

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

(Magistrado ponente, Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

Debidamente tramitado ya, debe decidirse el recurso de casación interpuesto por el demandado contra la sentencia de 1º de abril del presente año en que el Tribunal Superior de Cali falló en segunda instancia el juicio ordinario de Dabah & Compañía y Jorge Ernesto Lemos contra Carlos Zamorano S., todos, inclusive esa sociedad, de ese domicilio, sobre rescisión, por dolo y en subsidio por lesión enorme, de la compraventa por la cual Zamorano trasfirió a sus demandantes lo que reza la escritura Nº 99 de 1º de febrero de 1929, otorgada en la Notaría 3ª de ese Circuito, en relación con el lote de terreno del sitio de "El Cascajero", de esa jurisdicción, allí deslindado.

La sentencia recurrida

La demanda de rescisión, como quedó ya insinuado aquí, se funda principalmente en el dolo de que los demandantes acusan a su vendedor y, subsidiariamente, en la lesión enorme por ser excesivo el precio, aunque se conceptúe que lo vendido fue el lote todo y no meros derechos en él.

El Juzgado, fundándose en la demora en que, a pesar del requerimiento del caso, incurrió el demandado en devolver el proceso, procedió a sentenciar sobre la copia de que habla el art. 381 del C. J. en su numeral 2º, y al hallar comprobado el dolo invocado como fundamento de la causal principal de la demanda, declaró rescindida la compraventa, condenó a Zamorano en las costas, así como a la devolución de los $ 15,000 total del precio, el que aparece recibido por él en la citada escritura de contrato, ordenó la cancelación del registro de este instrumento y se abstuvo de condenar por perjuicios, en razón de no aparecer éstos estimados en la documentación que le sirvió de base, de conformidad con el citado art. 381.

De esa sentencia, que está fechada el 15 de mayo de 1933, apeló el demandado y el Tribunal, procediendo sobre el mismo concepto a que acaba de aludirse, dictó la de 12 de junio de 1934, contra la cual aquél recurrió en casación. Cerrada en la Corte la tramitación respectiva en julio de 1935, con fecha 30 de septiembre de ese año esta Sala, no hallando aplicable el citado art. 381, casó la sentencia recurrida y ordenó que el Tribunal, entrando en el fondo y, por ende, en vista del expediente y tomando en consideración las alegaciones y probanzas de las partes, decidiese la controversia.

Procediendo así el Tribunal, es como ha dictado el fallo de que ahora se trata.

En él, hallando demostrado el dolo, decreta la rescisión demandada con la consiguiente cancelación del registro de la escritura de compraventa, condena a Zamorano a restituír a los compradores los $ 15,000 del precio, así como a pagarles las costas y los perjuicios, éstos por el valor que se les señale en juicio separado y ordena que los demandantes le restituyan el lote materia del contrato rescindido. Reforma, pues, la sentencia del Juzgado.

El recurso

Aunque al interponer el recurso de casación el demandado invocó los motivos 1º y 7º de los establecidos por el art. 520 del C. J., su apoderado al fundarlo se reduce al 1º, comprendiendo sin duda la improcedencia del 7º, desde luego que éste consiste, según reza esa disposición, en haberse abstenido el Tribunal de conocer de asunto de su competencia y declarádolo así en el fallo; y salta a la vista que en el presente fallo no ocurren tal abstención ni tal declaración. Esta anotación brevísima basta para desechar el cargo, que si se pone de presente, es por haber sido invocado ab initio, como ya se dijo.

Y se entra a considerar el alegato en que el recurso se fundó ante la Corte, en la cual demanda el abogado se limita y circunscribe, como acaba de decirse, al primero de los motivos por los cuales procede el recurso, según dicho art. 520.

Dentro de él acusa separadamente por los cargos que en seguida se discriminan y resumen:

I. Interpretación errónea de la citada escritura de compraventa y consiguiente violación del art. 1887 del C. C., en estos conceptos: esa escritura expresa claramente, al decir del recurrente, que Zamorano no vende sino derechos en el predio allí deslindado, y la advertencia de que responde de que la cabida de éste es la que allí declara no es óbice para reconocer que, en vez de vender su totalidad, vendió sólo sus derechos en él. Según el recurrente, pues, el Tribunal interpretó mal el art. 1887 y de ahí se vio conducido a aplicarlo sin ser el caso, tomando la declaración de la cabida como equivalente a la venta de todo el fundo y desconociendo que lo uno no implica lo otro y que bien se puede vender una mera cuota en un inmueble y al propio tiempo responder de que la cabida total es tal o cual, sin que asumir esta responsabilidad en la cláusula final signifique que se extiende al total una venta que desde la cláusula primera se ha declarado perentoriamente circunscrita a los solos derechos del vendedor en ese mismo total.

II. A. Violación del art. 1515 del C. C., por cuanto los compradores no pudieron ignorar que se trataba sólo de derechos y que Zamorano no les vendía el total, siendo así que éste lo que declara expresamente es venderles sólo derechos y que, además, manifiesta cómo adquirió lo que les vende, citando el respectivo título, y ésta era visiblemente de sólo derechos y en manera alguna del total. Reflexiona el recurrente que quien procede a vender diciendo que sólo vende derechos y, a mayor abundamiento, para precisar lo que vende y su título de adquisición cita como tal una escritura en que claramente consta que sólo derechos se le trasfieren, mal puede, procediendo así al vender, ser el engañador a que se refiere el art. 1515, aunque más tarde venga a entenderse que dijo vender el todo, y mal puede decirse que sólo engañados los actuales demandantes accedieron a comprar.

Agrega que mal puede haber en ese proceder, que aun en el concepto de vender el total sería el de venta de cosa ajena, en la parte que le faltara a sus derechos para completar el todo, la positiva intención que el art. 63 del mismo C. C. condiciona y define como dolo.

II. B. Violación de los arts. 63, 1516, 1849, 1740 y 1741 del C. C., éstos por indebida aplicación, aquéllos de modo directo. El cargo lo formula en conjunto al final de su alegato. Relacionándolo con lo anterior del mismo puede discriminarse en esta forma: el 1516, por cuanto según él el dolo no se presume, lo que indica que requiere comprobación, y no la hay; del 1849, que define la compraventa, no explica por qué ni cómo; el 63 que define el dolo, por no mediar, según se ve que conceptúa él, los elementos de éste dentro de las probanzas que analiza o, mejor dicho, por no constituír éstas una demostración de aquél. Y los arts. 1740 y 1741, que dice indebidamente aplicados, porque no mediando el dolo ni las circunstancias que, cuando lo hay, deben mediar también para viciar el consentimiento, el Tribunal anuló el contrato.

La Corte considera:

I. Es verdad que la mera declaración de la cabida de un fundo no basta a conceptuar que se vende todo él, cuando ello acaece en instrumento que, por otra parte, claramente contiene en la declaración concerniente a la venta misma que ésta sólo se hace sobre derechos, es decir, cuando el contexto limita la trasferencia a derechos del vendedor en el predio de cuya cabida total responde.

Si, pues, el Tribunal hubiese conceptuado que, aunque se comenzó en el presente caso por declarar venta de derechos, ella debe entenderse del total por la sola circunstancia de cerrarse la escritura con la declaración del vendedor de que responde de la cabida total por él declarada, habría que reconocer

que entendió mal y consiguientemente violó el citado art. 1887.

Pero la sentencia recurrida procede en forma muy distinta. Ella no desconoce que la escritura comienza hablando de derechos del vendedor en el referido predio para manifestar que los enajena a los compradores, sino que, en vez de limitarse a leer esa sola cláusula, cumple el deber de estudiar todas las demás, y entonces encuentra que aquella declaración de vender derechos viene a ser, en definitiva, la de vender el todo, por cuanto la frase sobre derechos no tiene sentido limitativo o exclusivo y por cuanto, además, indican que esos derechos representan o cifran la totalidad de aquel fundo.

Es así como encuentra y advierte que en la cláusula segunda dice el vendedor: "Que el inmueble que vende lo hubo..." Y en la cuarta: "Que sobre el inmueble que vende no pesa servidumbre..."

Además, en el memorial de Zamorano que, por ser relativo a impuesto predial se agregó a la matriz y se insertó en la copia en la misma escritura, dice él al Tesorero Municipal de Cali: "Aclaro que voy a vender las dos únicas propiedades que tengo en este Distrito, que son: una casa ubicada en el barrio del Peñón y un lote de terreno que en los libros de la oficina figura como propiedad rural por los sitios de Navarro o el Cascajero". (Esta escritura en copia forma los folios 6 a 8 del cuaderno 3º).

Y aquella misma cláusula primera no puede obtener como interpretación el pretendido sentido limitativo y de prudente y sana admonición a los compradores, pues dice Zamorano allí: "Primero: que por el presente público instrumento, sin reservas de ninguna especie, con todas sus anexidades y dependencias, por la suma de quince mil pesos ($ 15,000) que declara haber recibido a su entera satisfacción, da en venta real... todos los derechos y acciones de dominio que le corresponden en un globo de terreno..."

Manifestar que se venden cuantos derechos de dominio se tienen en un fundo no es advertir que sólo se trasfiere una cuota en él. Con la misma declaración de enajenar los derechos del vendedor en un predio suelen encabezarse las trasferencias del todo.

Más todavía: al absolver posiciones Zamorano a solicitud de los Lemos, el 23 de mayo de 1930 (cuaderno 1º, fol. 6), interrogado sobre si fue verdad que vendió a los actuales demandantes la totalidad del lote en cuestión por el precio de $ 15,000 que la citada escritura expresa, contestó "es cierto", y agregó salvedades o modificaciones relativas exclusivamente al pago de ese precio, pero en manera alguna a que lo vendido fuera la totalidad de aquel bien.

Aunque corroboran el mismo concepto los que se deducen de la copia de actuaciones de Zamorano en Alcaldía y Personería Municipal de Cali que forma los folios 18 a 36 del cuaderno 3º, y la que se trajo de piezas de la ejecución seguida para el cobro de un documento que se afirma corresponde a parte del precio de la compraventa en referencia, copia que forma los folios 14 a 23 del cuaderno 4º, es innecesario detallar o consignar el análisis de estos otros elementos probatorios, pues los anteriormente citados bastan a demostrar que el Tribunal no interpretó el citado art. 1887 en la forma que el recurrente le atribuye y que, por tanto, no incurrió en la violación de esta disposición legal de que, en tal concepto, lo acusa.

Se rechaza, pues, este cargo.

II. En el estudio del segundo cargo ocurre destacar estos dos conceptos, ambos de la más señalada pertinencia: que no hubo dolo y que éste, aunque lo hubiera habido, no es tal que sin él no se hubiera contratado.

Como es sabido, los expositores, estudiando los vicios del consentimiento, al considerar las relaciones entre el error y el dolo reconocen que éste conduce a aquél; pero justifican la distinción entre los dos, entre otras razones, acerca de las cuales cabe citar por lo procedente la de que cuando se alega el dolo como generador de nulidad, se requiere sólo acreditar, en las condiciones legales del caso, los hechos mismos en que consiste. (Véase por ej. Bonnecase. Précis de Droit Civil. Tomo II, pág. 286 y siguientes).

En otras palabras: un error de los que de suyo no alcanzarían a viciar el consentimiento, de conformidad con lo pertinente de los arts. 1509 a 1512 del C. C., en viniendo de dolo, por esta sola circunstancia sí llega a ese extremo, si de otro lado, y apenas hay para qué advertirlo, concurren los demás elementos requeridos por el art. 1518 de que en seguida se hablará.

Igualmente observa (y pueden citarse al efecto la obra Cours de Droit Civil Positif Francais de Josserand, Vol. II, pág. 47 y siguientes, y la de Colin y Capitant, Cours elementaire de Droit Civil Francais, Vol. II, págs. 38 y siguientes), que los hechos generadores de dolo van desde el embuste, las afirmaciones mendaces, la reticencia y aun

el simple silencio, hasta las maquinaciones fraudulentas, según los casos, de acuerdo con las circunstancias y con la vida corriente y normal.

Es de anotar que, en lo general, se miran con tolerancia benévola ciertos actos de que son ejemplo las exageraciones del vendedor sobre las excelencias de su mercancía, los que llegan a lo sumo al llamado dolus bonus y a producir acción de perjuicios; es el dolo malo el capaz de invalidar los contratos.

Pero para llegar a tánto es necesario demostrar que sin él no se hubiera contratado: así lo establecen el art. 1515 del C. C. nuéstro y el 1116 del francés. De ahí que en la distinción entre el dolo principal y el incidental, sea aquél (dolus dans causam contractui) el capaz de anular, como si se dijera que da acción de nulidad cuando ha dado causa, en otras palabras, cuando ha sido determinante.

Este detalle o calidad es decisivo en el presente pleito, pues que hasta innecesario hace penetrar en los actos del demandado a fin de indagar si hubo en él la intención dañada que los demandantes afirman y el art. 63 del C. C. requiere para el dolo, siendo así que, aun en el caso de que la indagación diese este resultado, con evidenciar que sin él no hubieran contratado los actuales demandantes, bastaría para desechar su pretensión, a la luz del citado art. 1515.

En la obra del Prof. Ripert La regle morale dans les obligations civiles, en el Capítulo "La igualdad de los contratantes y la lealtad del contrato" (págs. 79 y 80 de la edición de 1935), dice: "A condición de respetar las leyes y las buenas costumbres, los contratantes tienen el derecho de debatir sus intereses. Es entonces la lucha de voluntades egoístas, cada una esforzada en conseguir la ventaja mayor con el más débil sacrificio, lucha fecunda por productora de energías y conservadora de riquezas, y de todos modos fatal, porque el interés es el móvil principal de los actos humanos, al menos cuando se trata del cambio de los productos y de los servicios".

Observa en seguida cómo la absoluta igualdad no puede existir dadas las diferencias en pensamientos, voluntades y fines de los contratantes, así como en sus capacidades; habla de la falta de igualdad para indicar cómo es justo que las cualidades manifestadas en el comercio jurídico sean fuentes de ventajas, y agrega: "Pero si cada cual se presenta con sus cualidades naturales o adquiridas, es preciso que la lucha no sea desleal, y viene a serlo desde que uno de los contratantes abusa de su superioridad. Consagrar la libertad de contratar bajo el solo pretexto de que ni el objeto ni la causa de la obligación son ilícitos, sería en realidad permitir la explotación del hombre, que la moral reprueba".

Anota que para impedirlo se ha esforzado por medios diversos la ley civil en asegurar la lealtad del contrato, y llama la atención a estas dos clases: los que excluyan de contratar a ciertas personas que se hallan fuéra de estado de luchar útilmente, en razón de su estado físico o moral permanente, y los que tiendan a proteger contra una voluntad mal asegurada, por el análisis sutil del valor del consentimiento, a lo que el autor procede con el fin de demostrar por qué caminos corresponden, sea las reglas mismas de la ley o las desentrañadas por la jurisprudencia, al propósito de moralizar los contratos.

La obra que se viene citando, volviendo sobre el mismo tema de que la moralización del contrato es la razón principal o guía en lo atañedero a los vicios del consentimiento, insistiendo en distinguir entre aquellos dos grupos, dice: "Los tribunales tienen simplemente ante sí dos hombres por juzgar. El uno necesita protección porque se engañó o ha sido engañado o violentado. Listos a otorgarle esa protección, han de considerar ante todo si el mal de que se queja no es la consecuencia o de la autoridad legítima de otro o de su propia falta". (Véanse en la obra citada la pág. 96 y las 309 y siguientes).

Este elemento, "la propia falta", no puede descuidarse, en cuanto se requiera juzgar en forma debida, esto es, tomando en consideración los distintos elementos en juego en un contrato dado. Sabido es que no puede oírse la alegación de la propia falta como algo que apoye o favorezca a quien la invoca.

Preciso es, por todo ello, indagar la conducta de la parte compradora en el contrato discutido en este pleito. Apenas habrá de advertirse que cuantas personas concurrieron a otorgar la citada escritura de 1º de febrero de 1929 son sui juris y que no es por incapacidad sino por dolo, por lo que se formuló la demeanda.

Al decir de los compradores, hoy demandantes, Zamorano los engañó haciéndoles creer que lo que les vendía era el predio todo, cuando sólo les vendía una cuota: y en esto consiste el dolo aducido como fundamento de la súplica principal.

Pero al indagar como, por lo ya dicho, es preciso hacerlo, la conducta de éstos, se en-

cuentra que no están exentos de culpa, en el sentido jurídico de este vocablo y que con ello concurrieron a que se produjera ese contrato que acusan de nulo por vicio en consentimiento, pues que dejaron de tener el cuidado que personas aun negligentes o de poca prudencia (valgan las precisas palabras del art. 63 citado) emplean en sus negocios.

Uno de los objetos del registro o inscripción de los instrumentos públicos, según el art. 2637 del C. C., es el de "dar publicidad a los actos y contratos que trasladan o mudan el dominio de los... bienes raíces **poniendo al alcance de todos el estado o situación de la propiedad inmueble...**".

Y en el país es afortunadamente tan uniforme el hábito de estudiar los títulos de propiedad de lo que se va a adquirir, que puede observarse cómo el menos prudente exige siquiera un certificado del registrador, lo que ningún vendedor lleva a mala parte por considerarlo, por ejemplo, como sugeridor de desconfianza, tan generalizada está aquella costumbre. Y hasta puede tenerse como obligación para propia información y respaldo, ante dicho art. 2637.

A mayor abundamiento, Zamorano, en el caso hoy en litigio, citó la escritura pública por medio de la cual había adquirido lo que vendía a quienes hoy lo demandan: de suerte que si éstos, por propio impulso debieron estudiar los títulos de lo que iban a comprar y exigírselos, quedaron además y desde luego capacitados sobradamente para el paso inicial del estudio de la cadena de títulos. Posible es que la confianza que el vendedor les inspiraba fuera tan grande que la cita misma se la refrendase y concurriese a apartarlos o prescindir de tal estudio. Pero este hecho y su posibilidad no los absuelve de su imprudencia ni puede suprimir para la sentencia la consideración de este elemento que tan cumplidamente hizo el juego al referido empeño de aquél.

Concurriendo los compradores en la forma acabada de esbozar a que el contrato se celebrara como se celebró, de que ellos se quejan, no les es dado colocarse dentro del art. 1515, porque no se puede decir que sin lo que llaman dolo no habrían contratado, sino que habrían contratado sin ésa su prescindencia imprudente. **Nemo auditur propriam turpitudinem allegans**, como ya se recordó.

Dada la institución del registro, tal como funciona entre nosotros, puede decirse, en lo general, que no cabe aducir ni aceptar un dolo como el de que se quejan los demandantes en la presente litis, en cuanto se le atribuya capacidad de anular un contrato de compraventa de inmueble.

Menos aún en el caso singular de que se trata aquí, puesto que la escritura que les otorgó Zamorano cita el título de adquisición suya así: "que el inmueble que vende lo hubo por compra hecha por él a Pedro Nel Zamorano en escritura Nº 1131 de 9 de junio de 1927, otorgada en la Notaría 2ª de este Circuito".

Este instrumento se halla en copia registrada a folios 13 y 14 del cuaderno 3º, y allí se ve que lo que vendió Pedro Nel por ella en $ 200, fueron los derechos que había comprado a Ricardo como heredero de Francisco, todos del mismo apellido Zamorano, por escritura Nº 1110 de 4 de los mismos mes y año en esa Notaría. Y esa escritura 1110, que obra allí mismo a folios 11 y 12, dice que Ricardo vende a Pedro Nel, por los mismos antedichos $ 200, "los derechos que le correspondan o puedan corresponder como heredero legítimo de su finado padre señor Francisco Zamorano en el lote y terreno".

En levantar esos títulos y también varios de los que con posterioridad a dicho contrato ha conseguido Zamorano, han puesto sus compradores, ahora como litigantes y ya dentro del pleito, la mayor acucia y el empeño más celoso, que del todo les faltaron cuando el contrato se apalabraba y preparaba, esto es, cuando debieron ponerlos siquiera en la dosis mínima que por lo visto les habría bastado.

El argumento fundado en el art. 1871 del C. C. y la validez que da a la venta de cosa ajena no impide que en un caso dado sea efectivamente dolosa la respectiva compraventa; en otros términos: esa disposición no se opone por sí sola a que haya dolo o pueda haberlo en una negociación dada, pues la referida validez no significa presunción de buena fe en el vendedor, aunque a sabiendas esté enajenando lo que no es suyo. La validez establecida por aquella disposición tiene un sentido y alcance muy distintos. Aunque, por lo dicho hasta aquí, no se está afirmando en Zamorano el dolo de que la demanda lo acusa, ocurre citar el art. 829 del Código Penal por la luz que trae sobre el citado art. 1871 desde el punto de vista en que se viene considerando, o sea, en suma, que su determinación sobre la compraventa misma no implica sugestión siquiera sobre la buena fe del vendedor, respecto de la cual es, por tanto, inoficioso aducirlo.

Concretando el razonamiento al caso presente, si Zamorano citó su título de adquisición; si no manifestó expresamente ven-

der más de lo que por ese título tenía, y si éste le había trasferido sólo parte o cuota, no es admisible conceptuar que en la negociación efectuada entre los actuales litigantes mediaran todos los elementos requeridos por el art. 63 *in fine* del C. C. para que haya dolo y por el art. 1515 de la misma obra para que, habiéndolo, se entienda viciado el consentimiento por él.

En el campo amplísimo que nuestro derecho reconoce a la autonomía de la voluntad se llega hasta declarar renunciables, salvo excepciones que no vienen al caso, los derechos conferidos por las leyes, en cuanto miren al interés personal del renunciante. Así, por ejemplo, un comprador respecto del saneamiento. Pero aquel hecho y las consecuencias y sugestiones de él derivadas no impiden al juzgador tomar en consideración la conducta del prescindente para analizarla y ponerla en relación, tanto con la de su contraparte como con el contrato respectivo.

Lo dicho hasta aquí hace ver la procedencia del cargo de violación directa del art. 1515 del C. C. que, además, dejó de aplicarse. Se debe, pues, casar la sentencia recurrida y dictar en su lugar la resolución que corresponda, cual es la sentencia de instancia que la reemplace (C. J., art. 538).

Sentencia de instancia

Los razonamientos que han conducido a casar llevan igualmente a desechar la demanda principal y a concretar la sentencia de instancia a la subsidiaria, que es la rescisión por lesión enorme.

Esta demanda subsidiaria quedó formulada en forma definitiva y separada en el libelo adicional de 10 de diciembre de 1931 notificado al reo el 18 de febrero de 1932, tal como se ve en el cuaderno 1º del folio 20 al 22 para la demanda, y al 23 vuelto para la notificación. Siendo el contrato de 1º de febrero de 1929, se ve que no expiró el cuadrienio fijado por el art. 1954 del C. C.

Allí (folio 22 vuelto) se ve que al exponer el fundamento de derecho, los demandantes se acogen a lo que sobre esa acción dispone el C. C. en sus arts. 1946 y siguientes, en forma genérica y amplia, aunque al enumerar los hechos fundamentales aduzcan principalmente como término de comparación la transferencia de sólo una cuota en el inmueble de que aquí se trata. Así las cosas, bien se comprende que si demostraron que el precio estipulado pasó del doble del precio justo, no se diga de esa simple cuota, sino del inmueble total, la acción debe acogerse y la rescisión decretarse con sus consecuencias legales. Sobre el mismo punto conviene advertir que lo relativo a venta de cosa ajena, estudiado ya aquí en relación con el dolo, no obsta tampoco a la prosperidad de que acaba de hablarse, puesto que, aun conceptuándose que Zamorano trasfiriera la totalidad del fundo y que consiguientemente su venta fuese de lo ajeno en cuanto sobrepasó lo que a la sazón era suyo, la afirmación sobre dicha prosperidad de la acción, en su caso, tendrá pleno soporte en cuanto el referido exceso resulte al comparar el avalúo del mismo total con el precio convenido en la escritura.

Varios avalúos del fundo en referencia contiene este proceso, así:

En el cuaderno 4º, folios 22 vuelto a 23 frente, obra en copia la diligencia de avalúo y depósito practicada en la ejecución de que atrás se hizo ya mérito, con fecha 1º de diciembre de 1930. En ella aparece valiendo $ 13,925.20 para ese día.

En el cuaderno 3º, folios 15 vuelto y 16 frente, obra en copia la diligencia de inventario y avalúo en la causa mortuoria del señor Francisco Zamorano, con fecha 8 de junio de 1932, día en que aparece valiendo $ 2,808.75.

En el mismo cuaderno 3º, al folio 42 vuelto, obra original la diligencia de 22 de octubre de 1932, a que concurrieron los peritos con el personal del Juzgado al predio de que se trata, a fin de practicar su avalúo, y al folio 44 obra original éste, en que los peritos, de común acuerdo, evocando la situación de la época a que debe ese avalúo referirse, o sea, la del contrato, y dando las razones que estimaron procedentes, le asignan para tal época un precio de $ 7,021.87½ al total, de donde indican para su tercera parte un precio, en esa época, de $ 2,340.62½.

De este concepto pericial se dio traslado a las partes por el término legal, que transcurrió sin objeción ni pedimento alguno; de manera que cuando el apoderado del demandado presentó su memorial del folio 48 *ídem*, en que lo tacha por "error grave", fuerza, dolo, cohecho o seducción", fundándose en el referido avalúo de $ 13,925.20 del juicio ejecutivo en 1º de diciembre de 1930, y en haberse vendido por Zamorano el 1º de febrero de 1929 en $ 15.000 (así arguye el apoderado de este señor, como se lee al citado f. 48 vuelto), el Juzgado se negó a dar curso a esa solicitud, en auto de 15 de noviembre de 1932, contra el cual no se interpuso recurso alguno y que quedó ejecutoriado.

Los demandantes, si bien en los hechos fundamentales de la demanda subsidiaria se

detienen en el contraste entre el precio estipulado y el que corresponde a la sola cuota que conceptúan haberles trasferido el vendedor, no por eso dejan de invocar en forma genérica, citando en toda su amplitud las pertinentes disposiciones legales, su derecho como compradores lesionados enormemente para rescindir por esto su compra. De ahí que, demostrado que el precio del total, aun en el concepto de que el total fue lo vendido, es mayor del doble del precio justo de ese mismo total para la época del contrato, debe acogerse la acción rescisoria por asistirles de conformidad con las aludidas disposiciones invocadas por ellos en la forma que se lee en su adición de la demanda inicial al folio 22 vuelto del cuaderno 1º.

Las consecuencias son las que corresponden de conformidad con esas disposiciones legales, de las cuales por su mayor pertinencia a este preciso respecto cabe citar los arts. 1948, 1962 y 1953 del C. C.

Ese art. 1948, a más de disponer lo que establece sobre intereses, frutos y expensas en su inc. 2º, confiere en su inc. 1º al contratante vencido(aquí el vendedor) una opción, conforme a lo cual en el presente caso Zamorano puede a su arbitrio consentir en la rescisión o restituír el exceso del precio recibido sobre el justo precio aumentado en una décima parte.

El art. 1953 obliga al comprador a la purificación allí indicada, en su caso, lo que vale como decir: en cuanto hayan constituído hipotecas u otros derechos reales sobre lo comprado y en cuanto, por otra parte, el vendedor no opte por lo que acaba de decirse y, por tanto, consienta en la rescisión y ésta en sí haya de tener su cumplido efecto.

La demanda subsidiaria no contiene petición de perjuicios. A este respecto se observa también, con lo que bastaría, que el Juzgado absolvió de los perjuicios demandados en el libelo inicial, o sea en la acción por dolo, y que en esta parte esa sentencia quedó en firme, porque sólo el demandado apeló.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa la sentencia pronunciada en este pleito por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali con fecha primero de abril del presente año, y en su lugar resuelve:

1º Declárase rescindido por lesión enorme el contrato de compraventa celebrado entre Carlos Zamorano S. como vendedor y Dabah y Compañía y Jorge y Ernesto Lemos como compradores, por medio de la escritura pública número noventa y nueve, otorgada el primero de febrero de mil novecientos veintinueve ante el Notario tercero del circuito de Cali.

2º Dentro del sexto día de ejecutoriada la presente sentencia, los compradores restituirán al vendedor lo que éste les trasfirió por ese instrumento y éste les devolverá los quince mil pesos ($ 15.000) moneda corriente que le pagaron como precio al tenor del mismo; y en cuanto a expensas del contrato y a mejoras, intereses, frutos y deterioros, se observará lo dispuesto por los arts. 1948 y 1952 del C. C.

3º Queda a salvo a favor del vendedor Carlos Zamorano S. el derecho conferido por el citado art. 1948, del que hará uso, en su caso, dentro de los referidos seis días, trascurridos los cuales sin haber optado por restituír el exceso del precio recibido sobre el precio justo con deducción de una décima parte, se entenderá que la rescisión queda consentida por él.

4º En este último evento se cancelará la inscripción de la citada escritura de compraventa en la Oficina de Registro de Cali, a la que se oficiará al efecto.

5º Los compradores cumplirán el deber impuesto por el art. 1953 del C. C., en su caso.

6º Queda en pie la absolución por perjuicios pronunciada en el fallo de primera instancia.

7º No se hace condenación en costas en las instancias ni en el recurso de casación.

Queda así reformada la sentencia dictada por el Juzgado segundo del Circuito de Cali el quince de mayo de mil novecientos treinta y tres.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Antonio Rocha, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J., Juan Francisco Mújica, Eduardo Zuleta Angel, Emilio Prieto Hernández, Srio. int.

SE DECLARA DESIERTO EL RECURSO DE CASACION

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil. Bogotá, noviembre diez y ocho de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente, doctor Antonio Rocha).

El Tribunal Superior de Buga dictó sentencia de fecha 13 de febrero de 1936, en el juicio de sucesión intestada de Rafael Hurtado, en el sentido de confirmar el fallo del Juzgado del Circuito de Sevilla—de fecha, este último, 23 de noviembre de 1934—por el cual se aprobó la partición y se ordenaron las prevenciones del artículo 967 del C. J.

El apoderado de Juan Bautista Marulanda interpuso el recurso de casación y anunció que lo fundaría ante la Corte. Concedido por el Tribunal y admitido luégo por la Corte, se le corrió el traslado por treinta días sin que haya hecho uso de él.

Por lo cual, y visto el artículo 532 del C. J., la Corte Suprema en Sala de Casación Civil, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, lo declara desierto. Sin costas, por no haberse causado.

Notifíquese, cópise, publíquese, 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, Srio. int.

RECURSO DE HECHO

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil. Bogotá, noviembre diez y ocho de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente, doctor Antonio Rocha).

Partes: The Royal Bank of Canada contra Julio C. Rodríguez Ll., por pesos.

La sentencia definitiva de segunda instancia con que el Tribunal Superior de Cartagena resolvió la litis, fue notificada, previa la publicación legal, el veintiuno de julio de mil novecientos treinta y seis al demandado, y el veintidós del mismo mes de julio al demandante.

Trancurrieron más de quince días útiles, contados desde el día siguiente al de la última notificación hasta el en que el demandado interpuso recurso de casación contra el fallo del Tribunal.

El Tribunal Superior de Cartagena, teniendo en cuenta esa circunstancia y lo previsto en el artículo 521 del C. J., negó la concesión del recurso y declaró ejecutoriada la sentencia.

Reclamó contra la negativa el interesado, y alegó que aun cuando eran ciertas las circunstancias anotadas, el recurso debía ser admitido en consideración a la siguiente atestación del Secretario del Tribunal: "En veintisiete de julio de mil novecientos treinta y seis, dejo el presente negocio expediente en la mesa de la Secretaría, por el término de quince días a efecto de que la parte desfavorecida pueda interponer el recurso de casación que la ley le permite en determinadas circunstancias". Teniendo en cuenta esta nota y tomada como una información escrita, a la cual tiene derecho a atenerse, de conformidad con el ordinal 9º del artículo 191 del C. J., dice que el recurso debe admitirse como presentado en tiempo.

Negada la reposición por el Tribunal, éste sostuvo la negación del recurso en auto de veintiuno de septiembre del presente año y le concedió al reclamante el recurso de hecho para ante la Corte.

Oído nuevamente el recurrente, quien insiste en apoyar su reclamo y la razón del recurso en el artículo 121 del C. J., la Corte, para resolver, considera:

a) La atestación del Secretario del Tribunal fue oficiosa y desacostumbrada. Para que las partes pudieran interponer el recurso

de casación durante los quince días contados en la forma que establece el artículo 521 del C. J., no había necesidad de traslado. La atestación del secretario no podía conferir ni modificar a las partes ningún derecho distinto a los que la ley les concedía.

b) El deber de información a los litigantes y demás personas interesadas en los negocios, sobre el estado de ellos, que incumbe al secretario del respectivo despacho, supone, evidentemente, que el contenido del informe se ajusta a la realidad de los autos, pero hay que tener en cuenta que las partes también tienen un deber de información y de control de las referencias de secretaría y que un error o una actuación ilegal del secretario puede y deber ser corregida por reclamación de ellas;

c) Si una de las partes considera, como en el presente caso, que ella tiene el derecho de atenerse a la información del Secretario, por errónea que sea y por exótica que aparezca, la contraparte tiene a su vez el derecho de atenerse a la realidad de los autos.

Por las razones expuestas, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, resuelve que no es el caso de conceder el recurso el cual fue bien denegado por el Tribunal.

Ofíciese al Tribunal y archívese el expediente. Notifíquese y publíquese en la GACETA JUDICIAL.

Antonio Rocha, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J., Juan Francisco Mújica, Eduardo Zuleta Angel. Emilio Prieto Hernández, Srio. int.

SE DECLARA DESIERTO UN RECURSO DE CASACION

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil. Bogotá, noviembre diez y ocho de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente, doctor Antonio Rocha).

Por sentencia de fecha 9 de octbre de 1935 el Tribunal Superior de Bucaramanga desató en segunda instancia el juicio ordinario a que dio lugar la oposición hecha por The Bucaramanga Gold and General Mining Company Limited a la posesión de la mina llamada Pie de Gallo, de filón de oro y plata en veta, denunciada como de antiguo descubrimiento y abandonada por Joaquín Serrano y Serrano para sí y para sus poderdantes Gustavo Bachman, Ludwij Stunkel, Eduardo Acevedo y otros (corre la sentencia a folios 24 a 31 vuelto del C. número 5).

El mencionado Tribunal concedió el recurso de casación a los demandantes Bachman, Stunkel, Acevedo y Martínez. El recurso fue admitido por la Corte, por auto de fecha 25 de septiembre de 1936 y al recurrente se le corrió traslado por treinta días, para el cual se le pusieron los autos a su disposición desde el cinco de octubre último, sin que durante ese lapso, ni tampoco antes ante el Tribunal, haya formulado la demanda de casación.

Visto el contexto del artículo 532 del C. J., la Corte Suprema, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara desierto el recurso. Sin costas, por no haberse causado.

Notifíquese, cópiese, publíquese, 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, Srio. int.

DEMANDA DE NULIDAD DE UN CONTRATO.—SIMULACION.—DOCTRINA JURIDICA DE LA SIMULACION

La simulación consiste, en líneas generales, en que se celebre ostensiblemente un acto o contrato, pero al mismo tiempo en que con la misma persona se celebre un acto secreto u oculto que adicione, modifique, altere en todo o en parte los efectos del acto ostensible, llamado también público o aparente (art. 1766 del C. C.).

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

(Magistrado ponente, Dr. Antonio Rocha)

Hechos

Cuando la señora María Elisa Tapias de Alvarado era soltera, compró una casa de bahareque y teja ubicada en Cúcuta, por medio de la escritura Nº 96 otorgada en la Notaría 2ª de esa ciudad el 1º de mayo de 1906.

La referida señora contrajo matrimonio el 10 de noviembre de 1920 con el señor Miguel Alvarado Sánchez.

El Juez del Circuito de Cúcuta le concedió licencia para enajenarla en 1928.

En uso de esa licencia, ella, con expreso consentimiento y comparecencia de su marido, vendió la casa al doctor Manuel José Vargas, por $ 4,000, el día 5 de octubre de 1928, por medio de la escritura Nº 928 otorgada en la Notaría 1ª de Cúcuta, debidamente registrada el 13 de los mismos, bajo la partida Nº 928.

Ese mismo día 5 de octubre, por escritura Nº 929, registrada también el 13 bajo la partida Nº 930, el doctor Manuel José Vargas volvió a venderle la casa a la señora Tapias de Alvarado y a su marido, Miguel Alvarado Sánchez.

A continuación, y también el referido día 5 de octubre de 1928, por escritura Nº 930, debidamente registrada el 13, Miguel Alvarado Sánchez recibió en mutuo del doctor Manuel A. Pineda —representado éste por su apoderado general que lo era el Banco de Colombia— la suma de $ 4,000, y en garantía hipotecaria dio la casa en cuestión.

Basada en estos antecedentes, pero nada más que en éstos, la señora Tapias de Alvarado demandó judicialmente a su marido y a los doctores Vargas y Pineda para que se hicieran las siguientes declaraciones, que se transcriben textualmente:

"Primera.—Que son nulos, por causa de simulación, los contratos contenidos en las escrituras números 928 y 929 de cinco de octubre de mil novecientos veintiocho, de la Notaría 1ª de este Circuito, que contienen los contratos por los cuales mi marido y yo, con autorización judicial, dimos en venta al doctor Manuel José Vargas, por la suma de cuatro mil pesos oro ($ 4,000) una casa de mi exclusiva propiedad, alinderada como más adelante se dirá, y por el cual el doctor Manuel José Vargas vende la misma casa dicha por la suma de cuatro mil pesos ($ 4,000) a mi marido, Miguel Alvarado S., y a mí, respectivamente. Segunda.—Que el contrato de mutuo a interés, por la suma de cuatro mil pesos oro, con garantía hipotecaria de la casa a que hacen referencia las escrituras 928 y 929 citadas, celebrado entre mi marido, señor Miguel Alvarado S., y el doctor Manuel A. Pineda, contenido en la escritura pública número 930 de la Notaría 1ª de este Circuito, de fecha cinco de octubre de mil novecientos veintiocho, es nulo, principalmente, por carecer de licencia judicial para tomar, sobre bienes propios de la mujer casada, que el marido está en la obligación de restituir en especie, sumas de dinero con garantía hipotecaria, y subsidiariamente, por ser un contrato doloso, celebrado en perjuicio de la mujer casada. Tercera. Que por consecuencia de la nulidad por simulación de que están afectados los contratos de compraventa contenidos en las escrituras públicas números 928 y 929 de 5 de octubre de mil novecientos veintiocho, ambas de la Notaría 1ª de este Circuito, es nulo consecuencialmente el contrato de hipoteca contenido en la escritura pública número 930, de cinco de octubre de 1928, de la Notaría 1ª de este Circuito, por no ser el bien raíz hipotecado de propiedad del señor Miguel Alvarado S. Cuarta.—Que en la celebración de los contratos de compraventa, contenidos en las escrituras públicas números 928 y 929 de cinco de octubre de 1928 de la Notaría 1ª de este Circuito, no hubo por una parte —en el primero— ni la facultad ni intención por parte de los vendedores de trasferir el dominio y por parte del comprador la intención de adquirirlo, y en el segundo, no existió por parte de la sociedad

conyugal Tapias de Alvarado la intención de adquirirlo. Es decir, no hubo ni pudo verificarse en dichos contratos de compraventa la tradición. Quinta.—Que en el contrato de compraventa celebrado por medio de la escritura pública número 928 de la Notaría 1ª de este Circuito, de cinco de octubre de mil novecientos veintiocho, no hubo por mi parte voluntad en trasferir el dominio. Sexta.—Que todos los demandados, de consuno, están en la obligación de restituírme, dentro del término que usted les señale, la casa objeto de esta demanda, libre de todo embargo, censo, hipoteca y prenda, con todas sus anexidades y con los frutos civiles que haya producido y los que produzca hasta el día en que la entrega se verifique. Séptima. Que en caso de oposición temeraria a esta demanda, los demandados deben pagarme las costas y costos del juicio".

Como el marido negó a su mujer la autorización para el litigio, el Juez de la causa la autorizó en subsidio. El traslado del libelo no lo contestó el marido Alvarado S. El acreedor hipotecario, doctor Pineda, negó que hubiera habido simulación en los contratos anteriores al suyo, pero en todo caso invocó su calidad de tercero, extraño a cualquier simulación, de la cual tampoco podía tener conocimiento, dijo, por hallarse entonces ausente del país y haber celebrado la hipoteca el Banco de Colombia, que era su apoderado.

En cuanto al doctor Vargas, también negó la posibilidad de una simulación y extrañó el proceder de la señora Tapias de Alvarado. Y explica su intervención en la siguiente forma:

"Es sabido de todos en Cúcuta que Miguel Alvarado interpuso influencias para que por el Departamento se comprara una casa de la esquina del parque Colón por un buen precio y para ello solicitó la licencia judicial.

"Desvanecido el magnífico negocio con el Departamento y necesitando dinero, me vendieron a mí la casa pero, ese mismo día, encontraron quien les diera el dinero en préstamo y no tuvieron empacho en proponerme los vendiera el inmueble porque ellos creían venderlo mejor, esperando. Yo no tenía especial interés en el asunto. Compré para especular y habiéndoseme resarcido del perjuicio en el tiempo que perdí, por amistad, para que mañana no se hablara de mí, volví a vender el inmueble. Luégo la hipotecaron al doctor Manuel A. Pineda. Qué culpa tengo yo de que el marido, con el dinero de la venta no hubiera comprado, como aparece en la demanda de licencia, otros bienes más reproductivos?

"No sé qué compraría Alvarado con el dinero obtenido en la hipoteca, pero siempre se ha tenido por persona juiciosa y en aquella época se consideraba que los inmuebles habrían de valer, de ahí que tratara de conservar la finca".

El Tribunal Superior de Pamplona falló el negocio en segunda instancia el 6 de abril de 1935, en el sentido de confirmar la sentencia del Juez, que había sido totalmente absolutoria. Guardó, sin motivarlo, silencio sobre costas procesales. La tramitación posterior del recurso de casación no vino a verificarse sino en el presente año de 1936 ante la Corte. El recurrente la gestionó desde Cúcuta.

Demanda de casación

La interpuso la señora Tapias de Alvarado y la fundó oportunamente por medio de apoderado. Del largo análisis o referencias que hace de la sentencia, como trabajo previo para invocar luégo motivos de casación, se advierte que el recurrente toma como base de tales motivos dos afirmaciones para él evidentes de autos: que la ficción inherente a la simulación demandada resulta de la manera precipitada como se otorgaron las escrituras números 928 y 929; y que el hacer entrar a la sociedad conyugal la casa que era antes un bien propio de la mujer, no fue sino una manera dolosa usada en contra de ésta para poder obtener el marido una suma de dinero en préstamo a cargo de la sociedad. Y los motivos de casación los divide así:

a)—Al no apreciar la ficción o simulación evidente, error de hecho que aparece de manifiesto en los autos; pero no hace cargo consecuencial de violación de ningún precepto legal que incida en la resolución;

b)—Error de derecho al considerar el Tribunal que la mujer no podía alegar la nulidad por simulación de conformidad con el art. 15 de la ley 95 de 1890 (vigente entonces), siendo así que éste exige que se proceda a contratar "a sabiendas del vicio", de donde deduce que ese precepto fue mal aplicado: y también estima que por el mismo error dejó el Tribunal de aplicar los arts. 1502, 1523 y 1524 del C. C., que exigen consentimiento sin vicio, objeto lícito y causa lícita, elementos de que evidentemente carecen los contratos contenidos en las escrituras números 928 y 929.

c)—Error de derecho al estimar el Tribunal que había entrado el dominio de la casa al haber social, y que, por tanto, el marido Alvarado S. como jefe de la sociedad conyugal, podía hipotecarla sin licencia es-

pecial; porque pasa por alto el sentenciador que dada la sucesión tan rápida de escrituras no alcanzó a verificarse la tradición, y que la falta de tradición convirtió el segundo contrato en retroventa, o de verdadera reversión del dominio, o de anulación, o de resolución, no a favor de la sociedad, sino del patrimonio de la mujer, al cual volvió a ingresar. Explica este fenómeno el recurrente diciendo que cuando se tiene intención de deshacer lo hecho tanto vale una condición resolutoria como dos escrituras seguidas en que la segunda resuelve la primera, o la da por nula, y en todo caso el dominio de la casa se reintegró a la mujer, no a la sociedad, que fue lo que el Tribunal no reparó.

De ahí deduce la violación de varias disposiciones, por los siguientes aspectos, todos del código civil:

De los 1602 y 1625, que reconocen la facultad de los contratantes para dar por nula una convención aunque esté perfecta y consumada;

Del 1852, que prohibe el contrato de compraventa entre cónyuges;

Del 1792, con arreglo al cual no pertenecen a la sociedad los bienes que vuelven a uno de los cónyuges por nulidad o resolución de un contrato;

De los 1810 y 1812 que requieren licencia judicial con conocimiento de causa para hipotecar un bien propio de la mujer;

Del 2169, porque la licencia para vender no autorizaba para hipotecar;

De los 2439 y 2448, porque el marido no era dueño, ni la sociedad conyugal tampoco, y para hipotecar se necesita capacidad de disponer;

De los 1508 y 1515, por nulidad debida a dolo manifiesto; y finalmente:

De los 749, 756, 1857 y 2674, porque si faltó la tradición consistente en el registro antes de la hipoteca, no hubo venta sino reversión, o resolución, o nulidad.

Estudio de los cargos

Todos ellos pueden y deben contestarse agrupándolos en dos: los referentes a no haberse pronunciado la simulación de los contratos contenidos en las escrituras números 928 y 929, que son los contenidos en los apartes a) y b) de la demanda de casación. Y los cargos referentes a no haberse decretado la nulidad de la hipoteca pactada en la escritura número 930, que son los restantes.

Primer grupo.—El fenómeno de simulación de un acto jurídico, de que la Corte se ha ocupado por extenso en varios fallos (véanse los de fecha 27 de julio de 1935, G. J. número 1899, páginas 333 y siguientes; 29 de agosto de 1936, Vargas c/ Pinzón, aún no publicada; 30 de septiembre de 1936, G. J. números 1911 y 1912, páginas 827 y siguientes; 24 de octubre de 1936, M. Laso c/ J. Laso, aún no publicada en la Gaceta), no puede aparecer demostrada de manifiesto, como el recurrente pretende verla, del solo indicio levísimo de que en un mismo día y por escrituras sucesivas se hayan otorgado las escrituras tachadas de simulación. Y en ese supuesto —que aquí no existe— las dos escrituras, o las dos estipulaciones, deberían haber sido celebradas entre unas mismas partes, porque la simulación consiste, en líneas generales, en que se celebre ostensiblemente un acto o contrato, pero al mismo tiempo en que con la misma persona se celebre un acto secreto u oculto que adicione, modifique, altere en todo o en parte los efectos del acto ostensible, llamado también público o aparente (art. 1766 del C. C.).

En el presente caso el error de hecho alegado consiste en la falta de apreciación de la evidencia de dos escrituras sucesivas de venta, de la actora a favor del demandado Vargas, y luégo de éste a favor del marido de la actora y de la actora misma, es decir, a la sociedad conyugal, lo cual implica, no una simulación, sino dos actos de venta seguidos y distintos, operaciones de por sí propias del tráfico económico de los negocios civiles, entre distintas personas y para patrimonios distintos. El segundo de esos actos no es la contraestipulación destinada a alterar lo pactado en la otra, a que se refiere el art. 1766 precitado. El comprador doctor Vargas explicó satisfactoriamente su intervención y su inmediata enajenación, como se ve por el paso atrás trascrito de la contestación de la demanda.

Basta lo anterior para desechar el cargo, y más todavía si se considera que aún dentro del supuesto del error de hecho evidente que cree ver el recurrente no se ha citado ningún precepto sustantivo como violado por incidencia. Pero cabe agregar que si alguna simulación existiera, deducida de la circunstancia anotada por el recurrente de que la señora vende y en seguida vuelve a comprar, esa supuesta regresión de la propiedad a su patrimonio sería el efecto que habría de perseguir en juicio, mediante la acción de simulación, que aparecería ya conseguido de hecho; lo cual haría inútil su acción entre contratantes.

Y si busca que, pronunciada esa declaración de simulación, resulte como consecuencia la nulidad de la hipoteca constituída luégo a favor de un extraño, ello no sería posible, porque siendo éste un tercero de buena fe, los efectos de la simulación reconocida entre las partes no se producirían contra el tercero (art. 1766).

En cuanto a que el Tribunal consideró que la demandante no podía invocar la nulidad por haber celebrado los contratos que ella misma tacha de nulos, y no fijarse en que el art. 15 de la ley 95 de 1890 establecía tal prohibición para quien supiera o debiera saber el vicio que invalidaba tal contrato, de donde el recurrente deduce el cargo de errónea interpretación y mala aplicación de ese artículo, basta considerar que la señora Tapias de Alvarado es precisamente quien afirma que no eran serios ni reales los contratos cuya nulidad demanda, como puede verse de las peticiones 4ª y 5ª de su libelo de instancia. Agrega la Corte que tanto el Tribunal como el recurrente participan de los conceptos de que la simulación es causa de nulidad y de nulidad absoluta (por falta de causa), y por tanto no es del caso que la Corte en esta ocasión analice tales conceptos.

Por la razón arriba dicha de que no hay prueba de ninguna clase, de que se esté en el caso de una simulación, como bien lo observa el Tribunal, no pueden haberse violado los arts. 1502, 1523 y 1524 del C. C., que exigen ciertos elementos esenciales para la validez de los actos jurídicos, elementos de que, según el recurrente, hay carencia evidente.

El Tribunal, no hallando prueba alguna, directa ni indirecta, de simulación, se limitó a anotar que los contratos de las escrituras 928 y 929 eran, en sí mismos, perfectos, reveladores en su contexto de claro consentimiento, objeto y causa, y aún advirtió que tales operaciones fueron tan premeditadas por la mujer que pidió al Juez licencia para enajenar la casa, por necesidad y utilidad. Y ante la falta de la prueba de una contraestipulación, no podía el Tribunal hacer otra cosa.

Son, pues, inadmisibles estos cargos, aun en el supuesto de que estuvieran bien formulados como motivos de casación.

Segundo grupo.—No apareciendo comprobado el cargo de que efectivamente la casa volvió al patrimonio de la mujer, no es el caso de que la mujer ejerza la acción que el art. 1812 del C. C. le concede para pedir, en circunstancias que aquí no existen, la cancelación de la hipoteca. Y no pueden haberse violado los artículos 1810, 1812, 2439 y 2443 del C. C.

El recurrente insiste en la afirmación de que todo el conjunto de operaciones descritas envuelven dolo para los intereses de la mujer, y que en consecuencia debe anularse la hipoteca en que el dolo se consumó. Desde luego se observa que en la demanda no se alegó ningún hecho constitutivo de dolo, y que no habiendo sido la materia de instancia, no hay lugar a aceptar ese nuevo punto de vista en casación para estudiar ante él la sentencia. Este sería un aspecto de fraude, que da lugar a la reparación del perjuicio sufrido por la víctima, acción que tiene la mujer, por extensión de la acción pauliana y más amplia que ésta, contra los actos ejecutados por su marido en fraude de los derechos de aquélla, que implique un abuso de sus atribuciones de jefe de la sociedad conyugal o en general de desplazamiento de sus poderes. El elemento material del dolo parece deducirlo el recurrente del acto jurídico de la hipoteca, que el marido pudo hacer obrando dentro de sus atribuciones de jefe de la sociedad por haber ingresado la casa al patrimonio de la sociedad conyugal. Pero entonces el perjuicio de esa operación no tiene prueba, ni siquiera ha sido alegado o invocado en autos, y así, ni la intención fraudulenta del marido, ni la disminución del patrimonio de la mujer, se podrían tener en cuenta para fallar el negocio, prueba que debería indudablemente haberse traído a los autos. Mucho menos pertinente sería darle al recurso el sentido de un fraude a la ley, por parte del marido ante la carencia de hechos de la demanda para pensar que el Tribunal la hubiera podido interpretar en ese sentido y en subsidio de la acción de dolo.

Finalmente se observa: es inconducente la invocación del art. 1852 del C. C., porque la venta de la mujer se hizo a un tercero y la de éste a la sociedad conyugal; luego no fue entre cónyuges; la de los arts. 1602 y 1625 ibídem, porque el objeto de esos contratos no fue de anulación del precedente, sino al contrario, de trasferencia de propiedad; la del 1792, por la misma razón; del 2169, porque no era el caso de obtener licencia de hipotecar un bien que había entrado a la sociedad conyugal; ni de los relativos a la tradición por inscripción, porque en tales contratos los celebrantes dieron por recibida la casa y el registro se operó por inscripción sucesiva de las respectivas escrituras.

Por tanto, 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 de fecha 6 de abril de 1935, proferida por el Tribunal Superior de Pamplona.

Sin costas por no aparecer que en el recurso se hayan causado procesalmente.

Notifíquese, cópiese, publíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente.

Antonio Rocha, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J., Juan Francisco Mújica, Eduardo Zuleta Angel, Emilio Prieto Hernández, Srio. int.

DEMANDA SOBRE PAGO DE UNOS DEPOSITOS BANCARIOS.—CLAUSULAS DE ADHESION. — PRINCIPIOS QUE CONSAGRAN LA LIBERTAD CONTRACTUAL—MEDIOS NUEVOS EN CASACION.—OPORTUNIDAD PARA FUNDAR EL RECURSO DE CASACION.

1.—Las cláusulas de adhesión en los contratos de depósito miran particularmente al interés del Banco depositario que no quiere exponerse a hacer un pago indebido. Miran también al interés del depositante, como en los casos de extravío de los títulos o de falsificación de su firma o de suplantación de su persona. Tales cláusulas no impiden la cesión de los depósitos. Indudablemente los Bancos buscando su seguridad y para preverse de todo peligro, quieren con esas cláusulas establecer la identidad del cedente depositante, y obtener en oportunidad la cancelación de los títulos por quien sea el dueño o sucesor en el dominio de ellos, y establecida la identidad, por cualquier medio adecuado, el Banco llena su finalidad, que cree conseguir con las notas sobre formalidades del traspaso o cesión de los depósitos. Establecida la voluntad e identidad del cedente depositante, puede éste traspasar válidamente sus títulos de depósito en la forma que a bien tenga. 2. Los medios nuevos en casación que son aquellos que no han sido materia de controversia en las instancias del juicio, no pueden ser atendidos en el recurso por la sencilla razón de que esto equivaldría a variar la demanda iniciada y a modificar la relación jurídico-procesal, conforme a constante y sostenida doctrina de la Corte. 3. La oportunidad para fundar el recurso de casación, para hacer la demanda, empieza desde que se publica la sentencia, que se va a recurrir, hasta cuando expira el término de treinta días que tiene el recurrente, artículos 521, 522 y 530 del C. J. Vencido ese período, ni el recurso es admisible, ni la demanda de casación puede ya corregirse, adicionarse, modificarse ni enmendarse. 4. Los medios nuevos, aun de orden público, no tienen pertinencia cuando se hacen expirado el término para presentar la demanda de casación. Un medio nuevo puede alegarse en la demanda de casación cuando no ha sido materia del debate, pero cuando ese medio nuevo se interpreta o estima como de orden público, puede alegarse en la demanda de casación y acusar por ese concepto la sentencia aunque ese medio no haya jugado ningún papel en el debate.

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

(Magistrado ponente: Dr. Liborio Escallón)

María Cleofe Ramírez de Aguirre, demandó en juicio ordinario, al Banco de Bogotá, S. A., con domicilio principal en esta ciudad, para que se le condene a pagarle la cantidad de $ 28,786.00 m|cte., más los intereses estipulados por concepto de los depósitos a término que le fueron traspasados por el señor Eustasio de la Torre, y la suma de $ 34,481.93, por concepto de los depósitos a la orden que le fueron traspasados por el mismo señor al tenor de los diferentes títulos que presentó con la demanda, acompañados de un documento de cesión suscrito por el expresado señor de la Torre, a cuyo favor aparecen impuestos los depósitos.

Como hechos fundamentales adujo los siguientes:

1º Que en las fechas señaladas en el libelo, el señor de la Torre Sánchez, depositó en el Banco de Bogotá, varias cantidades a título de depósito a la orden unas y de depósito a término otras. Que los depósitos a término montan a la cantidad de $ 28,786.00 m|cte., más sus intereses y los depósitos a la orden $ 34,481.93.

2º Que los mencionados depósitos o sea el crédito que por razón de ellos tenía Eustasio de la Torre Sánchez contra el Banco depositario, le fueron traspasados por de la Torre Sánchez a la demandante Ramírez de Aguirre, quien en la demanda, se proclama dueña de tal crédito, o de tales depósitos, en su calidad de cesionaria o endosataria y tenedora en debida forma.

3º Que el Banco de Bogotá no ha pagado ni al señor Eustacio de la Torre cuando fue dueño de los depósitos expresados, ni a sucesor alguno en el dominio de tales depósitos, las sumas que se han especificado y que el Banco acepta que está obligado a restituír el valor de los depósitos, pero que lo

único que quiere es obtener la decisión judicial de a quién se le deben pagar los mencionados depósitos. Finalmente la actora alega que desde el 3 de septiembre de 1932 es dueña de los depósitos mencionados y desde esa fecha están en su poder los títulos que la acreditan como poseedora legítima de ellos, junto con el documento en que consta el traspaso.

El Banco de Bogotá, por medio de su representante, manifestó al contestar la demanda, entre otras cosas las siguientes: "La señora María Cleofe Ramírez de Aguirre se cree dueña y legítima poseedora de los títulos cuyo pago reclama; los señores albaceas en la sucesión de don Eustacio de la Torre Sánchez alegan que es a ellos a quienes deben ser pagados los depósitos, por pertenecer esos bienes a la sucesión de don Eustacio. El Banco de Bogotá ha manifestado siempre, y lo repite ahora, que está dispuesto a pagar las sumas de dinero que representan los diferentes títulos a la persona que ante las autoridades judiciales acrediten tener el derecho a pedir el pago. Y no puede el Banco proceder de otra manera, ya que sabe precisamente que las sumas reclamadas están en litigio entre la señora María Cleofe Ramírez de Aguirre y los señores albaceas de don Eustacio de la Torre Sánchez. No es posible que el Banco de Bogotá se convierta en tribunal para administrar justicia y falle a quién pertenecen las sumas de dinero en disputa".

La relación jurídico procesal entre la demandante María Cleofe Ramírez de Aguirre y el Banco de Bogotá quedó pues planteada y establecida, no sobre la existencia de los depósitos, sobre la validez de las imposiciones de dinero hechas por Eustacio de la Torre Sánchez en el Banco, ni sobre el no pago de esas sumas por el Banco, sino únicamente sobre la persona a quien deben ser pagadas tales cantidades y el Banco se sometió, como aparece claramente en la demanda, a la decisión judicial, o sea que el Banco pagará esas sumas a quien ordene la justicia. Lógico con esa actitud, el Banco se conformó con la sentencia de primera instancia dictada por el Juez 6º del Circuito, el cual condenó al Banco de Bogotá a pagar a María Cleofe Ramírez de Aguirre las cantidades reclamadas en la demanda.

ACCION DE COADYUVANCIA

Los señores Daniel Camacho y Enrique de Narváez, en su calidad el primero de heredero de Eustacio de la Torre Sánchez y también de albacea conjuntamente con el señor Narváez, fundados en el artículo 233 del C. J. iniciaron la acción de coadyuvancia y contestaron la demanda presentada por Cleofe Ramírez de Aguirre el 27 de febrero de 1933, oponiéndose formal y rotundamente a que se hicieran las declaraciones y condenaciones impetradas en la demanda. Aceptaron los hechos primero, segundo, tercero, cuarto, quinto, sexto, séptimo, octavo, noveno y décimo de la demanda. O sea los relacionados a las imposiciones de dinero, a título de depósitos a término y a la orden hechos por de la Torre Sánchez en el Banco de Bogotá.

El hecho undécimo fue admitido por los coadyuvantes, en cuanto que es cierto que el Banco de Bogotá no ha pagado a Eustacio de la Torre S. ni a sus sucesores, "que somos nosotros", dicen los coadyuvantes, suma alguna de dinero por razón de los depósitos a que se refiere la demanda; pero no es cierto que la señora actora sea sucesora en el dominio de esos depósitos, ni que el Banco esté obligado a pagarle a ella suma alguna por razón de los mismos depósitos.

El hecho duodécimo, o sea en el que la actora afirma que es legítima y única acreedora del Banco de Bogotá, por razón de los depósitos especificados en la demanda, fue negado por los coadyuvantes, quienes afirman que la actora no ha sido, ni es dueña de esos depósitos ni acreedora del Banco de Bogotá por tal motivo.

El hecho décimo tercero fue aceptado por los coadyuvantes.

El hecho décimo cuarto fue negado, porque según afirman los coadyuvantes, el señor de la Torre, no ha hecho jamás cesión de esos depósitos a la actora. Ni es cierto que el documento de 3 de septiembre de 1932, presentado por la actora, le dé derecho de dominio sobre los mencionados depósitos, ni la constituya acreedora del Banco de Bogotá. Ese documento, según afirman los coadyuvantes es apócrifo y falso. Los testigos no vieron firmar al señor de la Torre el mencionado documento, en el cual o se suplantó la firma del señor de la Torre, o se hizo uso indebido y doloso de una firma puesta en blanco y dicho documento no fue suscrito por el señor de la Torre, en la fecha que él indica o sea el 3 de septiembre de 1932.

El hecho 15 fue aceptado.

Respecto del décimo sexto manifestaron los coadyuvantes que no les consta que el Banco le haya manifestado a la actora lo expresado en él.

Respecto del hecho décimo séptimo, los coadyuvantes afirmaron que es cierto que el Banco acepta que está obligado a restituir los mencionados depósitos, pero que no es cierto que esté dispuesto a restituírlos a la actora que no es dueña de ellos. La restitución, dicen los coadyuvantes, debe ser hecha a nosotros que somos los sucesores del señor de la Torre, con exclusión de cualquiera otra persona. Al décimo octavo manifestaron los coadyuvantes que no es cierto que la actora ni antes, ni después, ni en la fecha que indica ese documento, haya sido dueña de los mencionados depósitos. Que ellos fueron de propiedad del causante, hasta el día de su muerte, o sea el 29 de septiembre de 1932, y desde ese día de propiedad nuéstra, dicen los coadyuvantes, en las calidades ya dichas. Jamás ha sido de propiedad de la actora.

De la contestación de la demanda y del modo como quedó trabada la litis, se ve con toda evidencia que los coadyuvantes tampoco discuten la existencia de los depósitos, ni la obligación en que está el Banco de pagarlos. La litis, para los opositores rueda únicamente sobre la siguiente cuestión: es a los opositores en las calidades ya dichas, heredero el primero y albaceas ambos, a quienes deben ser pagadas las cantidades a que se refieren los depósitos y no a la demandante Cleofe Ramírez de Aguirre.

Y la anterior afirmación la hacen los coadyuvantes sobre la base de que la cesión de los depósitos por Eustacio de la Torre Sánchez a María Cleofe Ramírez, cesión que consta en el documento de 3 de septiembre de 1932, no existe, porque jamás fue hecha a la señora Ramírez de Aguirre por el señor de la Torre Sánchez.

Por eso los coadyuvantes se expresan así en la demanda: "negamos rotunda y enfáticamente que la enunciación que hace la actora como causa o razón de su demanda le dé derecho para instaurar una demanda como ésta, que carece de razón, de causa y de fundamento legal".

Más adelante se expresan así: "desde ahora manifestamos a usted, señor juez, que el documento de fecha 3 de septiembre de 1932, presentado por la actora, junto con la demanda, además de ser apócrifo y falso, carece de todo valor y fuerza legal, y no puede ser admitido ni mucho menos estimado como prueba". Este documento con el cual se pretende acreditar la seudosucesión está escrito en papel perteneciente a vigencias expiradas con mucha anterioridad a la expedición de la ley 20 de 1923. Su formato, líneas, sello, tamaño, etc., lo demuestran claramente y por consiguiente de conformidad con lo dispuesto por el art. 8º de esa ley no tiene valor ni fuerza legal, ni puede ser admitido como prueba".

SENTENCIA ACUSADA

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en sentencia de 15 de febrero de 1935, desató la litis en segunda instancia, confirmando la sentencia de primer grado, proferida por el juez sexto del Circuito de Bogotá, en 22 de noviembre de 1933. Por esta sentencia, como ya se observó, el Banco de Bogotá fue condenado a pagarle a María Cleofe Ramírez de Aguirre las sumas expresadas en la demanda, por conceptos de depósitos a término y a la orden.

El Banco de Bogotá, ha asumido en este juicio un papel de simple espectador; por eso la litis en lo que se refiere a pruebas y recursos se ha empeñado entre el demandante y los opositores. Fueron éstos quienes apelaron de la sentencia de primera instancia y fue el señor Daniel Camacho, quien interpuso el recurso de casación, que pasa hoy a decidirse.

La sentencia recurrida se funda en lo siguiente: la actora presentó con el libelo, todos los títulos de depósito que le fueron cedidos mediante el documento de cesión y para comprobar la autenticidad de éste, hizo recibir las declaraciones de los dos testigos que la firmaron y de otras dos personas más. Esos cuatro testigos, según el Tribunal, que no han sido tachados, que coinciden en todas las circunstancias que relatan, constituyen una prueba, más que plena, plenísima de la autenticidad del documento de cesión en todas sus partes, inclusive de que la nota de cesión fue autorizada, espontánea y deliberadamente por el señor de la Torre Sánchez, quien la suscribió estando ya escrita conforme hoy aparece. Para el Tribunal es, pues, auténtico el documento de cesión, y la parte actora demostró la autenticidad.

La objeción respecto de que el papel sellado, en que está escrito el documento de cesión, pertenece a vigencias anteriores y hace por lo tanto nula la cesión, carece para el Tribunal de significación legal, porque no se ha demostrado que la ley 20 de 1923, en parte alguna, ni ninguno otro precepto legal coetáneo a la época en que se formuló el traspaso, establezca que las ediciones de papel sellado pertenecientes a épocas anteriores a aquélla, quedaran anuladas o retiradas del consumo.

Respecto de la objeción atañedera al modo como se hicieron los traspasos de los depósitos, el Tribunal la estimó carente de valor y al respecto, acogiendo el concepto del juez de primera instancia, dijo así: "El apoderado de los señores Camacho y de Narváez pone en duda la validez del traspaso, ante la condición estipulada por el Banco en los títulos de que la trasmisión se efectúe en sus oficinas y con comparecencia del depositante. Es así que los depósitos que aparecen en poder de la señora demandante —arguye el apoderado— no le fueron cedidos conformándose a esta cláusula, que es válida de acuerdo con el artículo 945 del C. de Co., luego la cesión está afectada de nulidad". El Tribunal respondió así a la objeción: "Es evidente que el requisito en referencia hizo parte de los distintos contratos formados mediante la entrega de las cantidades de dinero anteriormente relacionadas. Pero como tal formalidad miraba únicamente al interés individual de los contratantes, éstos podían prescindir de ella en virtud de su libre y soberana voluntad. El depositante prescindió del requisito en mención con el hecho de haber cedido los títulos fuera de las oficinas del Banco. Este último no renunció a él para efectuar el pago extrajudicialmente, pero para realizar el pago mediante orden judicial se sometió voluntariamente a lo que resultara del proceso.

Finalmente el Tribunal pasó a ocuparse de los indicios que la parte opositora creyó encontrar para sostener su extremo de que la firma puesta al pie del documento donde se hizo constar la cesión no fue puesta para autorizar ese contrato, sino que era una firma puesta en blanco por el señor de la Torre y de la cual usó indebidamente la actora. El Tribunal, previo examen de esos indicios, llegó a la siguiente conclusión: "estos indicios son todas las pruebas que acumulan los albaceas, contra la validez de la cesión a la señora María Cleofe, muy insignificantes por cierto; de tan exigua fuerza probatoria que francamente no introducen en el ánimo del sentenciador la más leve sombra de duda o vacilación".

EL RECURSO DE CASACION

El recurrente se expresa así: "Acuso la sentencia recurrida por violación directa, y subsidiariamente por interpretación errónea de los artículos 1602 del C. C. y 945 del C. de Co. (Causal primera señalada por el art. 520 del C. J.)". Estos son los textos señalados como violados.

La intención del recurrente, basada en esas normas se desenvuelve en su alegato, que puede sintetizarse así: En los mismos títulos de depósito, a su respaldo, consta, en diferentes términos, una cláusula clara, terminante, que es una estipulación contractual, que no obstante proceder de los estatutos o reglamentos del Banco, es aceptada por los depositantes, convirtiéndose así en convención bilateral, que obliga a las dos partes y que, de otro lado las ampara a las dos, mira al interés de ambas y no hoy, motivo para demeritarla. Esa estipulación se refiere a que en la nota al respaldo de los depósitos se expresa en unos que son trasmisibles por endosos según las leyes, pero la tramitación debe verificarse en la oficina del Banco, donde se tomará nota de ella, y en otros se expresa que el título no es endosable, que el Banco salva su responsabilidad en caso de que por pérdida o extravío de él fuere pagado a persona distinta de aquella a cuyo favor esté expedido, que el Banco no contrae obligación de pagarlo a persona distinta del depositante.

Basado en lo anterior, el recurrente concluye que al endosar los títulos mediante un documento separado y fuera de las oficinas del Banco, resulta abiertamente quebrantada la estipulación en referencia, que conserva todo su valor legal, por mandato de los artículos 1602 del C. C. y 945 del C. de Co., que al ser aplicados al caso presente, como han debido aplicarse, dejan sin valor el pretendido traspaso de los títulos, según el recurrente, cuya cesión no puede producir efectos contra el Banco deudor ni contra el cedente.

En primera y segunda instancia jugó papel la prueba indicial, a la que acudió la parte opositora, mas no así en el recurso de casación, en el cual el recurrente no se refiere a ella, como emanante de las apreciaciones que al respecto hizo el fallador de segunda instancia.

Con el fin de estudiar la acusación por todas sus fases, la Corte cree necesario considerarla desde tres puntos de vista, que abarcan el problema en toda su integridad, a saber: personería del opositor y recurrente señor Camacho; contrato de depósito y libertad contractual.

A) Personería.

El recurrente señor Camacho, en su carácter de heredero del señor de la Torre Sánchez, representa a éste en sus derechos y obligaciones trasmisibles; pero como el heredero no tiene sino las mismas acciones que competían a su causante y como el señor de la Torre Sánchez, según adelante se

verá, prescindió de la formalidad de hacer las cesiones en las oficinas del Banco, no puede hoy su heredero impugnar ni desconocer esa prescindencia.

El contrato de cesión, en sí mismo considerado, es decir, en cuanto a los elementos que integran un acto jurídico per se y que son necesarios para su existencia y validez, no ha sido atacado en casación, sino meramente la forma de la cesión, cosa muy distinta del contrato en sí mismo considerado. Siendo esto así y puesto que caso de que hubiera sido atacado y hubiera sido declarado nulo, el heredero en representación de su causante tendría que responderle a la cesionaria, se concluye que éste carece de interés jurídico, porque en el extremo que se contempla, la sucesión del señor de la Torre Sánchez tendría que pagarle el valor de esa cesión a la demandante cesionaria.

Si se considera la personería del opositor recurrente en frente de las cláusulas escritas al respaldo de los depósitos, resulta lo que sigue: las cláusulas de adhesión en los contratos de depósito miran particularmente al interés del Banco depositario que no quiere exponerse a hacer un pago indebido. Miran también al interés del depositante, como en los casos de extravío de los títulos o de falsificación de su firma o de suplantación de su persona.

En el presente juicio y sobre la base de la cesión hecha por el señor de la Torre Sánchez a la actora y de la prescindencia de éste, de hacer la cesión en las oficinas del Banco, de los depósitos disputados en este litigio, no quedaba sino el interés del Banco de Bogotá, o en otros términos es sólo esta entidad la que podría atacar el modo como fue hecha la cesión, para asegurarse de la efectividad de ella. Pero el Banco no ha hecho esto, no ha atacado la validez de esa cesión, se ha limitado a decir que el pago de los depósitos lo hará como lo diga la sentencia. Esto está muy claro en el proceso. El recurrente no puede pues, asumir la representación del Banco ni ir más adelante de donde esta entidad ha ido porque no es, ni su representante, ni su causahabiente a ningún título, de donde resulta que por este aspecto no ha podido violarse el artículo 1602 del C. C., porque el recurrente no fue depositario ni depositante de los títulos que se disputan, como tampoco ha podido ser violado el art. 945 del C. de Co., porque el único que podría ampararse por sus estatutos, dada la prescindencia del depositante, sería el Banco depositario.

A juicio del recurrente, existen dos errores en la sentencia del Tribunal que condujeron a aquél a la violación de los dos preceptos legales, únicos a que se refiere en su demanda. Es el primero que el Tribunal incurrió en evidente error de hecho, al sostener que el Banco no rechaza la forma como se hizo el endoso, que el Banco prescinde de alegar este medio de autenticidad y dice el recurrente, que ese error es evidente, porque desde antes del juicio en carta del subgerente del Banco al juez 6º del Circuito, el 18 de noviembre de 1932, en respuesta al oficio Nº 820 de 16 de los mismos, expresamente observa que son tan estrictos los reglamentos del Banco, aceptados por los depositantes, que esa entidad no acepta cesiones de títulos de depósito, sino mediante ciertas y determinadas formalidades, tales como la comparescencia al Banco de la persona que hace la cesión y la verificación de ésta en las mismas oficinas del establecimiento. Agrega que durante el juicio, en el alegato de conclusión en primera instancia, el gerente del Banco declara categóricamente que éste no ha considerado que la cesión de los depósitos esté bien hecha, porque no lo fue de acuerdo con las cláusulas que aparecen en los depósitos.

De todo lo anterior deduce esta conclusión el recurrente: "semejante actitud contradice abiertamente la aseveración errada de que el Banco no rechaza la forma como se hizo el endoso", aseveración que corre en la sentencia y que está inserta en el siguiente aparte que se transcribe para tomar en conjunto el pensamiento del fallador de segunda instancia: "Observa el apelante que el Banco no sólo no ha renunciado a la estipulación contentada, sino que ha considerado que la cesión carece de valor. Esta afirmación, contenida en el resumen de las alegaciones orales de la audiencia, es inexacta. El Banco de Bogotá solamente ha expresado que ante las pretensiones opuestas de la señora María Cleofe y de los albaceas de la sucesión de don Eustacio sobre propiedad de los depósitos, está dispuesto a pagar las sumas de dinero que los títulos representan a la persona que ante las autoridades judiciales acredite tener derecho a ello. El Banco no rechaza, pues, la forma como se hizo el endoso (sic). Solamente quiere garantizarse de que ese endoso (sic) sea cierto ante la circunstancia de que los albaceas lo ponen en duda".

La Corte observa:

a) El Banco de Bogotá aceptó la sentencia de primer grado que lo condenó a pagarle a María Cleofe Ramírez de Aguirre

los depósitos que le fueron cedidos por Eustacio de la Torre Sánchez. La aceptación de esta sentencia, demuestra claramente que el Banco prescindió de discutir la forma como se hizo la cesión; b) El Banco de Bogotá hizo esta prescindencia desde antes de ese fallo y en el mismo alegato de conclusión que cita el recurrente el Banco dijo lo siguiente: "si el juzgado estima que la cesión o el endoso de los depósitos fue bien hecha por el señor de la Torre Sánchez a la señora María Cleofe Ramírez de Aguirre y que por lo tanto es dicha señora la verdadera dueña de esos valores, el Banco, una vez en firme la sentencia, le dará estricto cumplimiento. Si el juzgado falla en favor de los intereses de la sucesión del señor de la Torre Sánchez, representada en este juicio por sus albaceas, también dará el Banco fiel cumplimiento a la sentencia definitiva". En otros términos, el Banco en guarda únicamente de sus intereses, sin tener en cuenta ni los títulos y documentos de cesión que presentó la actora, ni tampoco los reclamos y peticiones del heredero y albaceas de don Eustacio de la Torre Sánchez, optó porque fuera el poder judicial el que decidiera sobre la validez de la cesión, pero no impetró o invocó directamente la ineficacia o nulidad de esa cesión. c) Al contestar la demanda el Banco se expresó así: "en el presente asunto la situación del Banco es la siguiente: la señora María Cleofe Ramírez de Aguirre se cree dueña y legítima poseedora de los títulos cuyo pago reclama; los señores albaceas en la sucesión de don Eustacio de la Torre Sánchez, que es a ellos a quienes deben ser pagados los depósitos, por pertenecer esos bienes a la sucesión de don Eustacio. El Banco de Bogotá ha manifestado siempre, y lo repite ahora, que está dispuesto a pagar las sumas de dinero que representan los diferentes títulos a la persona que ante las autoridades judiciales acrediten tener derecho a pedir el pago. Y no puede el Banco proceder de otra manera ya que sabe precisamente que las sumas reclamadas están en litigio entre la señora María Cleofe Ramírez de Aguirre y los señores albaceas de don Eustacio de la Torre Sánchez, no es posible que el Banco de Bogotá se convierta en tribunal para administrar justicia y falle a quién pertenecen las sumas de dinero en disputa..." "Por esto espera el Banco que las autoridades competentes decidan a qué persona debe el Banco pagar las sumas que se les reclaman y entonces procederá sin demora a hacer dicho pago... No creemos estar equivocados al pensar que la señora María Cleofe Ramírez de Aguirre y los albaceas de don Eustacio de la Torre Sánchez debían definir directamente sus diferencias ante los Tribunales de la República y no debían aspirar a que el Banco se convierta en juez para dirimir esa diferencia".

Está, pues, en lo anterior nitidamente expuesto el pensamiento del Banco, del cual no resulta el rechazo de la cesión o la objeción sobre invalidez y nulidad de ella. Y aunque el Banco negó los hechos duodécimo y décimo cuarto de la demanda, lo hizo para que fueran probados según expresó, pero esa negativa no puede estimarse como que el Banco objeta la validez de la cesión. El Banco, repite la Corte, quiso que este punto lo determinara la justicia.

d) Es cierto que antes del juicio el subgerente del Banco, como lo dice el recurrente, dirigió al juez 6º la carta de noviembre 18, en que se refiere a lo estricto de los reglamentos del Banco y en que le manifiesta que esa entidad no acepta cesiones de títulos de depósito, sino mediante ciertas formalidades, como la comparecencia al Banco de la persona que hace la cesión y la verificación de la persona en las oficinas del establecimiento. Pero también es cierto que la posición del Banco quedó fijada cuando éste contestó la demanda y ya se vio que el Banco lo que ha querido, en defensa de sus propios intereses, no de los de la actora, ni de los coadyuvantes, es que la justicia decida sobre el asunto. Ya se vio también el alcance que pueden tener las cláusulas de adhesión y por último es oportuno volver a notar que las declaraciones de los señores gerente y subgerente del Banco de Bogotá, no tienen el mismo énfasis y no envuelven el concepto absoluto de la carta, porque ni el gerente ni el subgerente, al desenvolver su pensamiento, no impugnan la validez del traspaso o cesión. Basta para corroborar lo anterior el siguiente aparte de la declaración del gerente del Banco de Bogotá: "Como lo explico en mi respuesta anterior, si es condición esencial para el traspaso de depósitos en dinero a cargo del Banco de Bogotá, que el traspaso se haga en las oficinas del Banco y sea autorizado personal y directamente por el cedente, pero todo esto siempre que el Banco dude de la autenticidad del traspaso o de la identidad de las personas, o que tenga cualquier otro motivo para exigir el cumplimiento de sus funciones".

El Tribunal en el párrafo transcrito de la sentencia, emite el concepto de que el Banco ha expresado que ante las pretensiones

opuestas de los interesados está dispuesto a pagar las sumas de dinero a quien la autoridad judicial acredite tener derecho a ello. Esto es evidente y está comprobado en los autos, según las consideraciones que acaban de hacerse. El Tribunal como consecuencia de ese hecho, básico de la sentencia, concluye que el Banco no rechaza la defensa hecha; para la Corte no hay error en esa apreciación, porque la posición del Banco desde el principio, no ha sido la de negar la validez de la cesión, ni alegar ninguna nulidad, sino la de esperar a que la justicia resuelva el punto.

Siendo así las cosas no existe el error de hecho apuntado por el recurrente y por lo tanto no existe la infracción de los artículos 1602 y 945 de los Códigos Civil y de Comercio, respectivamente.

El segundo error que apunta el recurrente, es a su juicio emanado del concepto de la sentencia, en que se afirma que la única persona para quien tiene interés jurídico el que los depósitos se ceden tal como está estipulado en ellos, es el Banco. Este error está rectificado con este fallo y por eso se ha dicho que el depositario también tiene interés, pero ese error no incide en casación, por lo siguiente: porque el Tribunal partió de la base de la autenticidad y realidad de cesión, extremo que la Corte no puede tocar, por no haber sido materia del recurso de casación. Sobre esa base estableció que el señor de la Torre Sánchez hizo la cesión de los títulos o depósitos en forma distinta de la contenida en las cláusulas de adhesión; el mismo señor de la Torre se desvinculó de esas cláusulas que lo amparaban o podrían ampararlo, luego sólo quedaba el interés del Banco, que prescindiendo de todas las consideraciones ya hechas respecto de la eficacia de las cláusulas de adhesión, no ha impugnado la validez de la cesión, sino que se ha sometido a que la justicia resuelva si es a la actora o a los opositores a quienes deben ser pagados los depósitos.

El error pues no incidió en la sentencia ni es de los que den base para la casación.

La controversia con el Banco de Bogotá puede decirse que quedó cerrada con la sentencia de primera instancia y siguió con los coadyuvantes u opositores, cuya posición y hasta puntos de vista son distintos de los del Banco, porque al paso que éste manifestó que pagaría a quien la justicia dijera, los opositores impugnaron la cesión tachándola de falsa o no auténtica y a eso enderezaron su actuación y las pruebas, lo cual no hizo el Banco depositario. Y esos extremos de la demanda y hasta la causa o razón de ella no han sido materia del recurso de casación. Ya que no hay ninguna impugnación respecto de la parte de la sentencia acusada en que se estudian la autenticidad del documento de cesión y los indicios aducidos por los opositores.

Por el segundo error apuntado no hay violación tampoco de las dos normas sustantivas a que se refiere el recurso.

No ha habido por lo tanto, a juicio de la Corte, error de hecho del Tribunal por mala apreciación de las pruebas.

B) Contratos de depósito.

Los diversos contratos de depósito, se celebraron entre el Banco de Bogotá y el señor Eustacio de la Torre Sánchez. La existencia de esos contratos, su validez, no son materia del debate, pues todas las partes convienen en que tales contratos se celebraron, existen y tienen eficacia legal.

Al respaldo de los títulos de depósito existen las notas sobre modos de cesión de éstos, en las cuales se expresa que son trasmisibles por endoso, pero que la trasmisión debe hacerse en las oficinas del Banco y en otros se dice que no son trasmisibles por endoso y que el Banco no contrae obligación de pagarlo a persona distinta del depositante.

El recurrente basado en esas cláusulas sostiene que al endosarse esos títulos mediante un documento separado y fuera de las oficinas del Banco, resulta abiertamente quebrantada la estipulación en referencia y violados los artículos 160 del C. C. y 945 del C. de Co., que al ser aplicados, en su concepto dejan sin valor el traspaso cuya cesión no puede producir efectos contra el Banco deudor, ni contra el cedente.

A juicio de la Corte no resulta violado el artículo 945 del C. de Co. ni consecuencialmente el 1602 del C. C., por dos razones: Es la primera que el artículo 945 citado se refiere a los depósitos, a los contratos de depósito y en este litigio no se ha impugnado la validez de los contratos de depósito celebrados entre el Banco de Bogotá y Eustacio de la Torre Sánchez. Por este aspecto no es pertinente la acusación. Es la segunda, que aun cuando así no fueran las cosas, aun suponiendo que el artículo 945 no fuera taxativo y no se refiriera únicamente a los depósitos, no se ha demostrado que las cláusulas que invoca el recurrente, hagan parte de los estatutos del Banco, porque éstos no se han presentado al juicio.

Consideradas las notas puestas al respaldo de los depósitos, y a que se refiere el recurrente, como estipulaciones contractuales,

resulta lo siguiente: No alegando el Banco de Bogotá la efectividad y hasta el rigorismo de esas cláusulas, y habiendo el señor de la Torre Sánchez prescindido de ellas al hacer la cesión en forma distinta, el opositor y recurrente señor Camacho, no puede ni impedir cualquier modificación que hubieran hecho las partes, ni alegar lo que hubiera competido a las partes contratantes, pero que éstas no alegaron. La observación o alegación del recurrente no tiene cabida, consideradas las cosas por este extremo, desde luego que su causante no habría podido ampararse en esas notas o cláusulas porque él mismo prescindió de ellas.

Considerada esas cláusulas, por otro aspecto, como cláusulas de adhesión, resulta lo siguiente a juicio de la Corte: tales cláusulas no pueden entenderse como que impidieran al depositante señor de la Torre Sánchez la celebración de un contrato distinto del de depósito, o sea la celebración del contrato de cesión, porque entonces resultaría que una convención quitaría a uno de los contratantes su libertad jurídica, para celebrar otras, que no sean incompatibles con la primera. Como dueño de sus depósitos el señor de la Torre Sánchez podía disponer libremente de éstos, porque su libertad no quedó limitada por los contratos de depósito con el Banco, para disponer de las cantidades depositadas.

Consideradas esas cláusulas, por otro asadhesión, no puede llegarse hasta el extremo de interpretarlas como que impidan la cesión de los depósitos, porque se tendría entonces que la efectividad de un depósito que no se discute, estaría subordinada a la forma como se hiciera una cesión.

La misma realidad se encarga de poner de manifiesto que tal interpretación irrestricta no puede acogerse, porque ello haría que individuos residentes en lugares distintos de la sede del Banco, se vieran imposibilitados para disponer de lo propio, cediendo un título o un crédito que les pertenece.

Indudablemente los Bancos buscando su seguridad y para precaverse de todo peligro, quieren con esas cláusulas establecer la identidad del cedente depositante, y obtener en oportunidad la cancelación de los títulos por quien sea el dueño o sucesor en el dominio de ellos, y establecida la identidad, por cualquier medio adecuado, el Banco llena su finalidad, que cree conseguir con las notas sobre formalidades del traspaso o cesión de los depósitos.

Los Bancos quieren con esas cláusulas quitarles a esos títulos de depósito, el carácter de instrumentos negociables, pero en ningún caso impedir ni menos prohibir, porque no podrían hacerlo legalmente, que esos depósitos sean cedidos y que de ellos puedan disponer sus dueños como a bien lo tengan.

Desde estos puntos de vista, no puede haber para la Corte violación de los artículos 1602 del C. C. y 945 del C. de Co. y estima esta corporación que establecida la voluntad e identidad del cedente depositario, puede éste traspasar válidamente sus títulos de depósito en la forma que a bien lo tenga.

C) Libertad contractual.

Dos principios consagran la libertad contractual: el contenido en el artículo 1602 del C. C., que enseña que todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado, sino por su consentimiento mutuo o por causas legales, y el artículo 15 de la misma obra, que enseña que pueden renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante y que no esté prohibida la renuncia. Los contratos celebrados entre el Banco de Bogotá y Eustacio de la Torre Sánchez sobre imposición de depósitos a término y a la orden y cuya validez no se discute, son pactos de derecho privado, sujetos a la voluntad de las partes, y que éstas han podido modificar libremente, tanto por su carácter de actos privados, como porque esos contratos no afectan a terceros. Suponiendo por vía de hipótesis, la rigidez e interpretación irrestricta de las cláusulas de los depósitos mencionados, ellas han podido ser modificadas por los contratantes y lo fueron en realidad de verdad: por un lado el depositante Eustacio de la Torre Sánchez cedió los créditos por medio de un documento, en forma distinta de aquellas a que se refieren las cláusulas, lo cual quiere decir que prescindió y podía prescindir de éstas, porque su prescindencia miraba únicamente a su interés y no comprometía el interés general, ni menos el orden público. Por su parte el Banco de Bogotá, como claramente se ve en los autos, no ha hecho hincapié en la forma como fue verificada la cesión sino que ante la disputa de los que se creen con derecho a los depósitos, se sometió a la decisión judicial, en guarda de sus intereses y admitió o aceptó la sentencia de primer grado que lo condena a pagar los depósitos a la demandante. Aunque es cierto que el gerente y subgerente del Banco de Bogotá declararon en este juicio que los reglamentos del Banco respecto a la cesión de los títulos son estrictos, manifestaron

que eso debía entenderse en relación con aquellos casos en que el Banco necesita asegurarse de la autenticidad del traspaso o de la identidad de las personas, lo es también que el Banco, como ya se ha dicho, no sólo aceptó la sentencia de primer grado, sino que asumió en todo el debate una actitud pasiva, sin hacer hincapié en la forma de cesión hecha por el señor de la Torre Sánchez a la demandante. No puede por esto estimarse como quebrantado directamente o aplicado indebidamente el artículo 945 del C. de Co., como tampoco el 1502 del C. C., porque la autonomía de las partes, el depositante de la Torre Sánchez y el depositario Banco de Bogotá podían válidamente modificar los contratos de depósito.

ALEGATOS EN LA AUDIENCIA

Cree la Corte del caso referirse a los argumentos expuestos en el resumen de las alegaciones orales en las audiencias verificadas en este juicio, presentadas por los señores vocero y apoderado del recurrente, teniendo en cuenta los siguientes principios:

Los medios nuevos en casación, que son aquellos que no han sido materia de controversia en las instancias del juicio, no pueden ser atendidos en el recurso por la sencilla razón de que esto equivaldría a variar la demanda iniciada y a modificar la relación jurídico-procesal. Tal ha sido la doctrina de la Corte en muchos fallos, entre ellos los de 30 de abril de 1920 y 23 de julio de 1929.

La oportunidad para fundar el recurso de casación, para hacer la demanda, empieza desde que se publica la sentencia, que se va a recurrir, hasta cuando expira el término de treinta días que tiene el recurrente, artículos 521, 522 y 530 del C. J. Vencido ese período, ni el recurso es admisible, ni la demanda de casación puede ya corregirse, adicionarse, modificarse ni enmendarse. De otra manera la demanda de casación no sería un factor preciso y seguro, puesto que podría enmendarse o adicionarse, hasta en las audiencias públicas del juicio, habiendo ya vencido el término.

Si los argumentos del señor vocero se consideran como meras observaciones y parece que algunas por lo menos tienen ese carácter, no inciden en casación. Si se consideran como acusaciones contra la sentencia, ellas son inoperantes porque cuando se hicieron había expirado el término para acusar la sentencia, con excepción de los fundados en los artículos 1602 y 945, que ya quedaron antes estudiadas.

No obstante lo anterior estima la Corte que debe referirse a la argumentación del señor vocero, sobre el papel en que fue hecha la cesión, por la importancia en sí del asunto, pero con la salvedad que cuando esa argumentación pudiera considerarse como admisible por ser un medio nuevo de orden público, habría debido hacerse en la demanda de casación, pues los medios nuevos, aun de orden público, no tienen pertinencia cuando se hacen expirado el término para presentar la demanda de casación.

La diferencia que existe es, pues, la siguiente: Un medio nuevo no puede alegarse en la demanda de casación cuando no ha sido materia del debate, pero cuando ese medio nuevo se interpreta o estima como de orden público, puede alegarse en la demanda de casación y acusar por ese concepto la sentencia aunque ese medio no haya jugado ningún papel en el debate.

Sobre la base de que la ley 20 de 1923 es de orden público, hizo el señor vocero del recurrente el siguiente argumento: "el papel en que se hizo el llamado endoso, es incompetente, hasta nulo y sin ningún valor el supuesto documento. La ley 20 de 1923 es de orden público, sin petición de parte, de oficio debió ser aplicada por el Tribunal y debe ser ahora aplicada por la Corte Suprema de Justicia. Ni como prueba, ni como título jurídico, puede invocarse acto, ni contrato, ni escrito ninguno estampado en papel incompetente, según lo dispone el artículo 8º de dicha ley. Porque se trata de un papel (no sellado) o de un ex-papel sellado que conocía y del cual usó la demandante Ramírez de Aguirre en vista de que allí estaba auténticamente estampada la firma del señor Eustacio de la Torre Sánchez".

La Corte observa lo siguiente, respecto de ese argumento: La cesión de los créditos fue hecha en papel sellado emitido antes de dictarse la ley 20 de 1923. El artículo 2º de dicha ley establece lo siguiente: "Habrá una sola clase de papel sellado de valor de veinte centavos". El artículo 4º también de dicha ley, dice lo que sigue: "El papel sellado no tiene período fijo para su circulación y empleo; pero el gobierno puede cuando para ello existan motivos de conveniencia pública, decretar y poner en uso nueva edición, en la que se cambien el color de la impresión y el dibujo, con la única condición de que siempre el último incluya el escudo nacional. En este caso el gobierno fijará un término prudencial para el cambio de las especies legítimas en circulación por las de nueva edición".

De estas dos normas se deducen estas dos

conclusiones: a) Que no teniendo el papel sellado período fijo para su circulación y empleo, cualquier pliego de papel sellado es hábil para que en él, se estampen las solicitudes, traspasos y documentos que el legislador ha querido que se escriban en papel sellado. La finalidad, en último término, de los escritos en papel sellado, no es la autenticidad de tales escritos, sino el concepto fiscal, el cual queda salvado cuando el documento, cesión o endoso se hacen en ese papel. b) El gobierno puede decretar y poner en uso una nueva edición y en ese caso fijará su término prudencial para el cambio de las especies y estos extremos no se han comprobado. Por eso, con razón en la sentencia recurrida se lee este aparte: "habiéndose por otra parte el gobierno o el legislador abstenido de ordenar el retiro de aquellas ediciones, lo natural es que pudieran aprovecharse en el otorgamiento de toda clase de documentos, sin detrimento del impuesto correspondiente".

La misma ley, pues, que cita el vocero, suministra la conclusión anterior a que ha llegado la Corte.

Mas fuera de esto que es más que suficiente, a juicio de la Corte, para responder la argumentación del señor vocero, existe este otro factor: Al pie del documento donde consta la cesión de los títulos de depósito existe la siguiente nota, que reprodujo la sentencia de segundo grado: "Administración de Hacienda Nacional de Cundinamarca.—Jefatura de Impuestos Nacionales. Bogotá, febrero veinticuatro de mil novecientos treinta y tres.—Los depósitos a término por un valor de $ 28,786 y los depósitos a la orden por un valor total de $ 34,481.93 a que se refiere el anterior documento de cesión y traspaso a favor de María Cleofe Ramírez de Aguirre, fueron revisados uno por uno en esta oficina. Para revalidar este documento se exigen estampillas del cuádrúplo de las que contempla el numeral 9º del artículo 1º del decreto número 92 de 1932, y cinco pesos más. Total de las especies que se adhieren y anulan por esta Administración de Hacienda Nacional, treinta pesos, sesenta centavos ($ 30,60) en especies de timbre nacional y diez y seis centavos en estampillas de sanidad. En los términos del artículo 9 del decreto legislativo Nº 92 de 1932, este documento es legal y válido en todas sus partes, de hoy en adelante. Por el administrador de hacienda nacional, el jefe de impuestos nacionales. (Firmado) Alberto Correa D."

La eficacia y validez de esa nota de legalización no ha sido extremo del recurso de casación.

Respecto del resumen del apoderado del recurrente, se observa: en cuanto a las acusaciones sobre violación de los artículos 1602 del C. C. y 945 del C. de Co., ya por violación directa de estos textos, ya por interpretación errónea de ellos, quedaron estudiadas en el cuerpo de este fallo. En lo que atañe a los demás argumentos contenidos en el resumen, se hacen las mismas observaciones anteriores, por cuanto no fueron materia del recurso de casación.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia recurrida. Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Notifíquese, publíquese, cópiese, insértese en la GACETA y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen junto con la llave de la cajilla de seguridad del Banco, donde se hallan en custodia los títulos de depósito, documentos de cesión y otros papeles, llave que entregará personalmente el Secretario de la Corte, al Magistrado ponente en el Tribunal y hará la entrega con las mismas formalidades con que se hizo en la Corte.

Antonio Rocha, Liborio Escallón. El Conjuez, Carlos A. Torres Pinzón.—El Conjuez, Valerio Botero Isaza, Eduardo Zuleta Angel, Juan Francisco Mújica.—Emilio Prieto Hernández, Srio. into.

ACCION SOBRE PAGO DE UNA SUMA DE DINERO.—Y SOBRE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS.—DICTAMEN PERICIAL

Ningún texto legal prohibe ni puede prohibir que uno de los peritos adicione, rectifique o modifique en general su propio concepto de oficio. El Código Judicial prevé que las partes litigantes pidan explicaciones, ampliaciones y mayores fundamentos a los peritos, y aun autoriza al juez para que de oficio las solicite cuando sea el caso, en orden a la precisión y claridad de la prueba y a la mayor información y certeza que ha de llevar al fallador. Y los expositores de pruebas judiciales contemplan la posibilidad muy frecuente en la práctica, de que un perito llegue hasta a rectificar su propio concepto y contradecir sus primeras conclusiones, sin que en tal caso la prueba llegue a ser irregular por ese motivo, sino que varía de fondo su contenido; y el prever que la fuerza de un dictamen puede contradecirse o contraprobarse con otros medios de prueba y aún con la notoriedad de hechos observados por el juez, o con presunciones de hombre dicen que la contraprueba más de fondo que puede imponérsele a un dictamen pericial es la rectificación oficiosa de un perito.

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

(Magistrado ponente, Dr. Antonio Rocha)

En marzo de 1928 el señor Modesto Torres tomó posesión del cargo de tesorero de la sociedad denominada "Antonio Ricaurte", después de haber prestado caución de manejo, y ejerció ese cargo hasta el 31 de diciembre de 1931, día en que murió.

Dicha sociedad es de obreros, destinada al fomento del ahorro entre los socios, a auxilios mutuos, esfuerzos cooperativos y a otros fines no estrictamente lucrativos, establecida en la ciudad de Pasto, y cuya personería jurídica fue reconocida por el Poder Ejecutivo Nacional en mayo de 1927, de acuerdo con los arts. 47 y 49 de la Constitución Nacional.

Al posesionarse de su cargo, el señor Torres recibió del anterior tesorero la suma de $ 7,454, inclusive una parte en objetos prendarios, y con ese capital inició su administración.

Al morir Torres le sobrevivió su cónyuge, señora Ester Rosero v. de Torres, y varios hijos legítimos, y como la sociedad Ricaurte no pudiese arreglar con la sucesión las diferencias resultantes de la administración, vino la presente demanda contra la sucesión, representada por la referida cónyuge por sí misma y como representante legal de los menores Carmela, Rosa, Modesto y Alejandro Torres, y representada también por los descendientes legítimos Lucrecia, Anatolia, Antonia y Hermisenda Torres, mayores y vecinos de Pasto, para que con su audiencia se hicieran las siguientes declaraciones:

"1ª Que los demandados, en su carácter de cónyuge sobreviviente y en su carácter de herederos del extinto señor Modesto Torres, deben a la sociedad "Antonio Ricaurte", representada por mí, la suma de siete mil cuatrocientos cincuenta y cuatro pesos oro ($ 7,454.00), y sus intereses legales a contarse desde el 31 de diciembre de 1931, fecha de la muerte del expresado señor Torres, hasta el día del pago efectivo;

"2ª Que á los mismos demandados se los condene al pago de todos los perjuicios ocasionados a la sociedad 'Antonio Ricaurte' por no haber cumplido sus obligaciones, por haberlas cumplido de un modo imperfecto o por haber retardado su cumplimiento;

"3ª En subsidio, que a los mismos demandados se los condene a pagar a la misma sociedad 'Antonio Ricaurte', la suma mayor o menor que, según las probanzas de este juicio, estén obligados a cancelar a dicha sociedad, juntamente con la indemnización de perjuicios;

"4ª Que los objetos depositados en poder del actual tesorero de la sociedad, don Luis Neftalí Rodríguez, según acta respectiva —los que se hallan representados por un lote de trescientos objetos—, están en la obligación, los demandados, de llevarlos y de responder a la sociedad por el valor anticipado por ellos y los intereses de estos valores, a razón del setenta y dos por ciento, por no responder al capital y a los intereses de la suma invertida en ellos, según la Constitución y las órdenes de la sociedad, para el manejo de la retroventa por el tesorero; y

"5ª Que se les condene a las costas y gastos judiciales de este juicio. Todo, tres días después de ejecutoriada la sentencia".

Por medio de apoderado, la sucesión contestó la demanda; en su respuesta admite la calidad de tesorero que tuvo Modesto Torres y el hecho de haber manejado bienes o valores, pero no conviene que de los hechos fundamentales del libelo se deduzca la obligación de pagar el saldo ni los perjuicios suplicados. Y alega que Torres hizo erogaciones y pagos por cuenta de la sociedad, según consta en los libros de ésta y en los distintos recibos de la administración que deben reposar en poder de la sociedad.

El juez de Circuito de Pasto absolvió a los demandados, especialmente por considerar que antes de cobrarse el saldo debe proceder la rendición de cuentas.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto falló definitivamente el negocio en segunda instancia por sentencia de fecha 12 de noviembre de 1935, en el sentido de declarar probada la excepción de inexistencia de la obligación demandada, y de absolver, en consecuencia, a los demandados, de todos los cargos. No condenó en costas procesales.

Considera el Tribunal que la acción ejercitada es de condena, para que se declare si el demandado debe o no algo y cuánto al demandante, y que es injurídica la apreciación del Juez de que a la acción de condena debe preceder la de rendición de las cuentas si, como ocurrió en el presente debate, las partes tuvieron amplia oportunidad para discutir las cuentas mismas.

Previa esta consideración, al tenor de la cual la acción de pago es procedente para el Tribunal, éste procede a examinar si el ex-tesorero Torres debe algo a la sociedad demandante. Al efecto analiza únicamente la prueba pericial relativa al examen de cuentas, y después de considerar que el dictamen pericial se llevó a cabo en forma irregular, por lo cual no puede tener valor en juicio, y que ese dictamen es la única prueba llevada por la sociedad demandante al juicio para sustentar su derecho, concluye que no existe la obligación demandada.

Recurso de casación

Por medio de apoderado la Sociedad de Obreros "Atonio Ricaurte" demanda ante la Corte la casación del fallo referido.

La mayor parte de ese extenso trabajo se encamina a demostrar que el dictamen pericial, que el Tribunal tuvo como "única prueba" de la deuda del tesorero, no es la única, pues en numerosas piezas del expediente y especialmente en la contestación que la sucesión de Modesto Torres dio al hecho d) de la demanda y en el documento corriente a folios 14 del cuaderno Nº 1, obra la confesión del ex-tesorero de haber recibido la suma de $ 7.454 oro para manejarla de acuerdo con las operaciones que la sociedad se proponía; que el Tribunal hizo caso omiso de dicha confesión, al tenor de la cual se prueba el recibo de un dinero que el tesorero estaba obligado a restituir, y que como él no probó haberla pagado, el Tribunal ha debido condenar; al no apreciar esa prueba dice que el sentenciador incurrió en error de hecho que aparece de modo manifiesto en los autos, error que lo llevó a no condenar al pago, con violación de los artículos 593, 596, 597, 601, 603, 604 y 605 del C. J.; 1757, 1761, 1762 y 1765 del C. C.; y consecuencialmente los arts. 2181, 2182 y 2183, también del código civil. Este cargo lo presenta por varios aspectos.

La Corte considera:

Al tenor de los estatutos de la sociedad "Antonio Ricaurte", el tesorero es no sólo un empleado que arrienda sus servicios a la sociedad sino también que por razón de su empleo se encarga de cumplir actos jurídicos en lugar y a nombre de la sociedad. En consecuencia, tiene las obligaciones de un mandatario, entre las cuales están la de rendir cuenta de su gestión, y la de restituir todo lo que haya recibido por razón de su cargo (arts. 2124, 2181 y 2183 del C. C.).

La confesión que hace el tesorero en los documentos que el recurrente cita se refiere al recibo de la suma con que inició su encargo, que apenas es un artículo del conjunto de la cuenta, que por sí solo no constituye una deuda ni un crédito, sino apenas un elemento de ella que no puede tomarse aisladamente, pues debe jugar por compensación con otros elementos de la misma cuenta. Sólo del estudio de todos los débitos y créditos y de la confrontación de unos y otros puede resultar un saldo a cargo o a favor del que rinde las cuentas. Por lo cual no es fundada la conclusión del recurrente de que ha debido condenarse al tesorero a pagar aquella suma aislada. Se desecha, por eso, este cargo.

Último cargo.—El recurrente, teniendo en cuenta que el sentenciador consideró que el dictamen pericial rendido es en su forma irregular a la luz de los arts. 718, 719 y 720 del C. J., irregularidad que para el Tribunal resulta de tres reparos fundamentales relativos a la preparación y traslado de la prueba, ataca tales reparos y deduce la perfecta regularidad de ella. Considera en seguida el recurrente que si el Tribunal no hubiera cometido el error de desestimar el dictamen por la supuesta irregularidad de

forma, habría llegado a una conclusión contraria, o sea a tener por cierto que a través de dicha prueba y conforme al art. 721 del C. J., el ex-tesorero tenía un saldo a su cargo de $ 5,263 de principal, y entonces habría aplicado consecuencialmente el art. 2181 y los siguientes del C. C., los cuales no fueron aplicados como consecuencia de la no aplicación de los arts. 721 y 722 del C. J. y por errónea interpretación y mala aplicación de los arts. 718 a 720 del mismo código, que fueron los que el Tribunal tomó en cuenta para estimar irregular el dictamen pericial.

Para apreciar este cargo la Corte considera:

La exégesis que el Tribunal hace de la manera como fue elaborada y puesta en conocimiento de las partes la prueba pericial es evidentemente errónea, reñida con la realidad de los autos y lo lleva a anotar irregularidades que no existen. Es cierto que los peritos principales Márquez y Erazo elaboráron y rindieron juntos su dictamen, en absoluto acuerdo tanto en las consideraciones como en las conclusiones. Fue así como concluyeron que de las cuentas y comprobantes resultaba un pequeño saldo a favor de la sucesión demandada y a cargo de la sociedad demandante; pero a esa conclusión llegaron, no por desacuerdo sobre las partidas, ni sobre los comprobantes, ni entre unas y otras, sino porque no se decidieron a tomar como cargos débitos varios artículos de la cuenta de caja. Dos días después el perito Márquez encontró nuevos elementos de apreciación y adicionó su concepto en el sentido de que ese bloque de cuentas debía cargarse a la cuenta del ex-tesorero y entonces deduce un saldo a cargo de éste.

El juez de la causa, estimando que las conclusiones de los dos peritos principales, por la adición del perito Márquez, quedaban en desacuerdo, llamó al perito tercero y éste, razonadamente, adhiere al estudio y conclusiones de Márquez.

Antes de modificar Márquez su concepto, el juez de la causa ordenó poner en conocimiento de las partes el dictamen de los dos peritos principales, que hasta entonces era acorde; pero al producirse el desacuerdo con la adición de Márquez, tuvo el cuidado de ordenar la suspensión del traslado, y sólo después, cuando el tercero emitió su concepto, reiteró la orden del traslado a las partes. Así vinieron éstas a tener oportunidad de conocer un dictamen pericial perfectamente concluído y elaborado.

El Tribunal en su fallo considera irregular la prueba en primer término por lo oficiosa de la adición o rectificación de Márquez y en segundo lugar porque no se le llamó de nuevo al otro perito principal para que manifestara si también rectificaba o no; y como no tiene por legal el que un perito de oficio rectifique o amplíe su concepto, considera que debió tenerse en cuenta el trabajo rendido ab initio de acuerdo y no haber lugar a pedirle dictamen al tercero.

Ningún texto legal prohibe ni puede prohibir que uno de los peritos adicione, rectifique o modifique en general su propio concepto de oficio. Y cuando la adición o rectificación es suficientemente fundada y noblemente inspirada, como en el presente caso, ella es plausible y está dentro de los fines de la prueba. El Código Judicial prevé que las partes litigantes pidan explicaciones, ampliaciones y mayores fundamentos a los peritos y aún autoriza al juez para que de oficio las solicite cuando sea el caso, en orden a la precisión y claridad de la prueba y a la mayor información y certeza que ha de llevar al fallador. Y los expositores de pruebas judiciales contemplan la posibilidad muy frecuente en la práctica, de que un perito llegue hasta a rectificar su propio concepto y contradecir sus primeras conclusiones, sin que en tal caso la prueba llegue a ser irregular por ese motivo, sino que varía de fondo su contenido; y al prever que la fuerza de un dictamen puede contradecirse o contraprobarse con otros medios de prueba y aún con la notoriedad de hechos observados por el juez, o con presunciones de hombre dicen que la contraprueba más de fondo que puede imponérsele a un dictamen pericial es la rectificación oficiosa de un perito.

Si el Tribunal consideró que el perito Márquez contradecía una de sus conclusiones al rectificarla oficiosamente, tal observación no miraba a la irregularidad en la preparación de la prueba, ni era obstáculo para en posterior traslado a las partes, pues ella sólo podía afectarla de fondo en cuanto a la convicción que llevara al fallador. Es pues manifiesto el error del Tribunal al estimar esa circunstancia, como constitutiva de irregularidad de la prueba.

Pero para que exista el error de hecho manifiesto no basta el anotarlo. Es necesario, como segundo requisito, que de no incurrir en ese error el Tribunal hubiera llegado a una conclusión de hecho contraria a la que estableció, es decir, que de la prueba desestimada resulte comprobado un hecho extremo de la acción o en su caso de la excepción. Es preciso ver, por tanto, si la prueba des-

estimada favorece la tesis del recurrente. A este respecto se considera:

El dictamen pericial fue solicitado por una y otra parte. Los puntos sometidos al concepto pericial fueron los siguientes:

"Por la parte demandada los siguientes:

1º Como parte de prueba pide que por medio de peritos se hagan avaluar todas las prendas que según dichas actas fueron entregadas al tesorero señor Luis Neftalí Rodríguez sin previo avalúo; y hecho esto que también por medio de peritos se verifique o haga la suma total de los valores de todas las prendas entregadas, para saber a cuánto monta el valor de todas esas prendas.

"2º Como parte de prueba pide asimismo que por medio de peritos se verifique o constate el número total de la suma de dinero que figura en las órdenes de pago y recibos que en 1904 fojas útiles acompaño al presente memorial, para saber cuánta es la cantidad que arrojan tales documentos...

"3º Como prueba a favor de mis representados, pido se ordene a la "Sociedad Ricaurte" representada por su personero, Carlos Narváez R., la exhibición de los libros de cuentas de dicha institución, para que sobre ellos se haga un examen pericial, de las entradas y salidas de dinero y otros valores durante el tiempo què don Modesto Torres desempeñó el cargo de tesorero de aquella entidad; de las pérdidas, ganancias, intereses, etc., desde que recibió la suma demandada hasta su muerte; de los balances y finiquitos deducidos de los déficits comprobados y de todas aquellas operaciones relacionadas con la cantidad demandada. Los libros de contabilidad de aquella institución deben estar arreglados a la ley... (folio 6º)".

"Por la parte demandante los siguientes:

"IV.... 2º Para que los peritos teniendo en cuenta la escritura número 122 de 16 de marzo de 1928, en todas y cada una de las cláusulas y en todo lo que se refiere al ex-tesorero señor Modesto Torres, ya extinto, dichos peritos, constaten definitivamente estos hechos: a) A cuánto asciende el dinero efectivo, los valores, objetos y enseres entregados al ex-tesorero señor Modesto Torres, desde la fecha de la entrega de la tesorería —mayo 14 de 1928—, hasta la fecha de su muerte, acaecida el 31 de diciembre de 1931;

"b) A cuánto asciende, en dinero efectivo, los valores, objetos y enseres reintegrados a la sociedad por el susodicho tesorero, desde el 14 de mayo de 1928 hasta la fecha de su muerte;

"c) Determinar la diferencia, en dinero efectivo entre los valores, objetos y enseres entregados por la Sociedad al ex-tesorero señor Modesto Torres, y los reintegrados por éste a la dicha Sociedad, en las fechas arriba indicadas, y determinar con precisión y en dinero efectivo, el saldo que resultare en contra del expresado señor ex-tesorero Torres y en favor de la Sociedad;

"d) Constatar, en dinero efectivo, qué suma han reintegrado a la Sociedad, los herederos del ex-tesorero señor Modesto Torres, después de su muerte;

"e) Deducir, en dinero efectivo, el alcance definitivo que resultare en contra del expresado ex-tesorero y a favor de la sociedad, teniendo en cuenta el monto total de los valores que éste manejó por cuenta de la sociedad y las reintegraciones que éste o sus herederos hubieran hecho a la Institución, y que ésta las hubiera admitido, de acuerdo al contrato contenido en la escritura 122 de 16 de marzo de 1928 y especialmente a la cláusula 10ª de la referida escritura.

"V.—Que con los mismos peritos se practique una inspección al Acta de Entrega de varios objetos hecha por los herederos del señor Modesto Torres al nuevo tesorero, señor Luis Neftalí Rodríguez, la que se guarda original en la inspección segunda municipal para que se constate: cuál es el valor anticipado por el ex-tesorero señor Modesto Torres y sus intereses a razón del 72%, de los objetos no recibidos por la sociedad el día de la entrega, por no responder al capital y a sus intereses de la suma invertida en ellos, según la cláusula décima de la escritura, valor que debe determinarse a justa tasación de cada uno de los objetos allí especificados, los que están en la Tesorería". (Folios 1 y 2 del cuaderno número cinco).

Los dos peritos principales, Márquez y Erazo, eran antiguos empleados de la sociedad Ricaurte pero ya no pertenecían a ella y advierten que por ese motivo tienen pleno conocimiento de todas las operaciones sociales y de los documentos relacionados con las cuentas que han de examinar. Los libros de cuenta, los recibos o en general los documentos que analizan con bastante propiedad y claridad en su detenido estudio de extensión de 61 fojas les fueron suministrados por las partes, o en virtud de recíproca petición, sin que ninguno de tales documentos fuera objetado ni redargüido de falso; al contrario, una y otra parte, tuvieron expreso conocimiento de ellos.

Aquellos puntos sometidos a su dictamen, y de cuya sola enunciación se echa de ver que no tenían un contenido suficiente para informar con pleno conocimiento de causa las conclusiones finales, fueron resueltos en

la forma más documentada, razonada y clara que era de desear. Véanse al efecto las conclusiones sobre cada punto a folios 8 vuelto, 26 vuelto y 27, 50, 50 vuelto, y 51, 51 vuelto, 52 vuelto, 53, 53 vuelto, 54, 54 vuelto, 55, 56 vuelto, 57, 57 vuelto, 60 y 61 vuelto.

El resumen general de los peritos principales es el que aparece del siguiente cuadro:

Resumen general

	Debe	Haber
Recibido por M. Torres de L. G. de Arturo (folio 50 vto. de este concepto) $	7.454,540	
V. recibido por M. Torres por concepto de intereses en el tiempo de su administración	7.505,256	
V. recibido por el id. por ahorros de socios en el tiempo de su administración	517,400	
V. recibido por el id. por matrículas de socios en id. (folio 53)	35,500	
V. recibido por el id. por concepto de mortuorias en id. (fls. 53 vto.)	29,250	
V. computado por pérdida de capital e intereses de prendas que no representan el valor invertido en ellas (folio 56, vuelto)	590,760	
V. entregado por M. Torres por concepto de gastos en su administración, constantes de 1,904 recibos (fs. 27 a 50, punto III)		$ 11.747,370
V. de prendas entregadas por M. Torres al depositario señor Luis N. Rodríguez, sin valor y avaluadas a folios 2 a 8		1.096,610
V. de las prendas entregadas con valor al mismo por M. Torres (fs. 8 a 26 v.)		3.579,540
V. de las prendas entregadas por M. Torres al Almacenista Prendario, Sr. Manuel Mideros (folios 54 vuelto)		1.342,480
SUMAS .....$	16.132,706	$ 17.776,000
Saldo en contra de la Sociedad Ricaurte	1.643,294	
SUMAS IGUALES ....$	17.776,000	$ 17.776,000

Resulta de esta síntesis un saldo a cargo de la Sociedad Ricaurte de $ 1.643,294. Pero anotan los dos peritos principales que no incluyen en el debe del ex-tesorero algunos valores de que habla el libro de caja de la sociedad, por no tener comprobante de ninguna clase, valores que montan la suma de $ 7,446, ni varios egresos a favor del ex-tesorero que montan $ 539. Los peritos tienen el cuidado de anotar lo siguiente: "Las partes en el presente juicio podrán comprobar la existencia real de dicho valores para que el juez de la causa les tenga en cuenta al fallar en definitiva. Nosotros, por nuestra parte, hemos cumplido con nuestro deber al relacionar las respectivas partidas que aparecen en el libro de caja sin comprobante alguno".

Como se ve por lo anotado, los peritos principales Márquez y Erazo no se hallan en desacuerdo sobre las partidas mismas ni sobre los comprobantes de la cuenta en general. Solamente que creyeron prudente anotar que los valores de $ 7,446 por débito y $ 593 por crédito, ni los debilitaban ni los acreditaban, respectivamente, al tesorero, por falta de comprobación, problema que más bien correspondía decidirlo al juez de la causa. Vale esto tanto como decir que el saldo en contra de la sociedad y a favor del ex-tesorero de $ 1.643,294, resumen de su estudio atrás trascrito, podía modificarse si el juez decidía cargar y abonar los valores sin comprobación.

Fue en estas circunstancias como dos días después de presentado aquel dictamen, el perito Márquez oficiosamente adiciona y rectifica su concepto, en un sentido en que la rectificación no implica contradicción con el anterior, sino que se resuelve a hacer el cargo y el descargo de los valores anotados por él y por el otro perito principal, por haberles encontrado comprobación. Varias razones da para justificar su decisión, como la de haber sido advertido por nota de la Superintendencia Bancaria que la Sociedad "Antonio Ricaurte" no es una empresa mercantil sino una asociación de mutuo apoyo no obligada a llevar sus libros de cuenta y razón con todos los requisitos legales.

Pero la razón principal que da para explicar su proceder es la de que en el libro de balances que lleva la sociedad, en donde se hace el resumen auténtico de todas las operaciones anotadas en los libros restantes, sí constan, mes por mes, reconocidos y aceptados por el responsable señor Torres, pues su firma aparece al pie de cada balance mensual, los aludidos valores que antes había hallado sin comprobación, y no sólo está la

firma del tesorero Torres al pie de cada balance, sino las del Presidente de la Institución, del Interventor y de otros empleados.

Concluye el perito Márquez que siendo así, los documentos están comprobados, aceptado el resultado final de su incorporación mensual, porque el tesorero las confiesa entradas a caja por el hecho de haber firmado cada balance, en el cual es parte esencial la cuenta de caja con sus correspondientes valores mensuales, así como son otras tantas partes integrantes de esos balances todas y cada una de las cuentas con sus respectivos valores. Agrega que el libro de caja es el eje generador de todas las operaciones, la base del mayor y del libro de balances, porque el libro de caja hace los oficios de diario por haberlo así convenido la sociedad, aceptado y practicado el tesorero, etc., etc. Y adiciona su conclusión diciendo que el tesorero responde por el valor de la cuenta de caja y por el valor de la cuenta efectos en prenda, dos documentos reales que han estado a su cargo: la primera representada en dinero, y la segunda en objetos de retroventa.

En consecuencia hace la siguiente demostración:

"Valores producidos durante la administración de Modesto Torres, por los diversos capítulos de INGRESO A CAJA .....$	23.579,566	
Valores entregados por Modesto Torres en virtud de diversos capítulos de Gastos que figuran en los EGRESOS de caja, con comprobantes		$ 17.776,000
Valores entregados por Modesto Torres en virtud de diversos capítulos que figuran en los EGRESOS de caja, en varios meses, pero sí introducidos en los Balances firmados por Modesto Torres		$ 539,620
Saldo en contra de Modesto Torres		5.263,946
SUMAS IGUALES ....$	23.579,566	$ 23.579,566

La suma de $ 5.263,946 que aparece en esta demostración es el valor que Modesto Torres, o quienes lo representen, deben a la Sociedad "Antonio Ricaurte".

Llamado el perito tercero Angel Santacruz B., hace a su vez un razonado estudio de las cuentas, de los comprobantes, y de los anteriores dictámenes, y adhiere al del perito Márquez que se deja relacionado, sin restricción alguna. Solamente que corrige algunos errores de suma y deduce también el valor de venta de algunas alhajas, con las cuales deducciones el saldo a cargo del extesorero queda reducido a la suma de $ 6,221.

De la relación que se acaba de hacer, aunque en forma muy suscinta, es fácil advertir que no hay desacuerdo ninguno en los tres peritos sobre las cuentas, comprobantes, y el saldo o diferencia resultante. Si los dos peritos principales resultan en desacuerdo sobre el saldo final, en virtud de la adición del perito Márquez, ese desacuerdo es solo aparente, porque el perito Erazo defiere al criterio del Juez el cargar y descargar a la cuenta del tesorero unas mismas partidas por falta de comprobación. Y si luégo varía el saldo en concepto de su compañero de dictamen, ello se debe a que este último se decidió a conceptuar sobre la existencia de los comprobantes. El perito tercero opina de acuerdo con el último teniendo en cuenta razones de contador. Así completo el dictamen de los tres peritos fue puesto por el Juez en conocimiento de las partes y por haber guardado éstas silencio, una vez agotada la tramitación legal de esa prueba, fue aprobado.

Finalmente se observa:

La tramitación propia de esa prueba fue completa y ajustada a la ley.

Los documentos como libros de cuenta, recibos y efectos mismos, fueron suministrados por cada una de las partes, ya directamente, ya a petición de la contraparte; en esa forma se exhibieron los libros de cuenta de la sociedad. Ninguno de tales documentos fue tachado. Los peritos tuvieron el cuidado de indicar que los recibos de carga y data están firmados ya por la sociedad, ya por terceros, ya por el tesorero Torres. En el juicio no se ha manifestado siquiera desconfianza sobre ellos. Dada esa observación directa y personal de los peritos sobre los documentos, con la aquiescencia y sin la observación de las partes interesadas, aunque no todos esos documentos obran en autos, la verificación de los peritos y el asentimiento de las partes, permite al juzgador tenerlos como elementos de prueba no discutidos para el solo efecto de respaldar el fundamento y las conclusiones periciales.

Y como se trata de regulación en cifra aritmética, la conclusión de los peritos tiene, por llenar las condiciones de fondo exigidas para ese caso por el art. 721 del C. J., valor de plena prueba; tales conclusiones ligan al Juez, pues no hay prueba alguna en contrario ni siquiera elementos de duda. El

opositor del recurso manifiesta ante la Corte que no están deducidos los porcientajes señalados como sueldos para el tesorero, pero de las relaciones que hacen los peritos de 1,404 recibos, resulta al contrario, que el ex-tesorero se abonaba su porcientajo de sueldo y que los recibos están firmados por él.

El Tribunal si hubiera tenido en cuenta el contenido de esta prueba, habría llegado a la conclusión a que llega la Corte, de que hay un cargo acreditado plenamente a cargo de la sucesión demandada y que resulta a través de las cuentas y documentos ya relacionados.

Dada la calidad, además de empleado que arrendó sus servicios a la sociedad, de mandatario, que tenía Modesto Torres, como tesorero de la sociedad "Antonio Ricaurte", de acuerdo con la observación hecha por la Corte al estudiar el primer cargo de casación, el Tribunal ha debido aplicar las disposiciones legales referentes a la rendición de cuentas y a la obligación de restituir que tiene el mandatario, arts. 2181 y siguientes del C. C., y como no lo hizo los violó por falta de aplicación, como consecuencia del error acotado.

En fuerza de la realidad y de la pertinencia del cargo hecho en casación a la sentencia, debe casarse en parte, en lo relativo a la súplica o petición subsidiaria y al punto cuarto.

El estudio anterior sirve para la sentencia de instancia, si además se considera:

La primera súplica del libelo contiene una petición de condena al pago de la suma fija de $ 7,454 oro e intereses. No puede decretarse así, porque no es esa cantidad la que se debe según las pruebas. Y la absolución del Tribunal sobre esta cuestión está en firme.

La segunda súplica envuelve una petición de pago de perjuicios, de los ocasionados a la sociedad por el incumplimiento de las obligaciones del tesorero, por haberlas cumplido de un modo imperfecto o por haber retardado su cumplimiento. Este último motivo, el retardo en el cumplimiento, se repite en la solicitud tercera, que pasa a estudiarse.

En ésta se pide en subsidio que se condene a la sucesión demandada a pagar la suma mayor o menor de la ya anotada, que se demuestre en el juicio, juntamente con la indemnización de perjuicios. Como la sociedad demandante ha demostrado en forma indiscutible que de las cuentas examinadas en el juicio resulta un saldo líquido a cargo del ex-tesorero y, por muerte de éste, a cargo de la sucesión, así se decretará. Y como se trata del pago de una suma de dinero, deben decretarse los intereses corrientes de aquel saldo a título de perjuicios, desde el día en que el saldo de capital se hizo exigible, que es, según el contrato, una vez fenecidas sus cuentas (cláusula 10ª de la escritura de fianza hipotecaria); pero como la sociedad acreedora "Antonio Ricaurte" no ha demostrado en el juicio haberle notificado a los herederos del tesorero ninguna cuenta, los intereses no correrán sino desde el día en que a éstos les quedó notificada la demanda.

La cuarta súplica del libelo también debe prosperar, pero no en su integridad. Tal súplica está parcialmente basada en la obligación aceptada por el tesorero al tenor de la cláusula 10ª de la escritura de fianza hipotecaria. No todos los 300 objetos que según el acta respectiva fueron entregados por los herederos del tesorero Torres al tesorero sucesor Luis Neftalí Rodríguez, perdieron el valor de capital invertido por el tesorero al recibirlos en prenda.

En efecto, los peritos concluyen a folios 55 a 56 vuelto que de dichos 300 objetos solamente se depreciaron por bajo el capital prestado algunos de ellos, sobre los cuales el tesorero Torres dio en préstamo con prenda la suma de $ 302.18, y que no representan sino un valor de $ 146.55. De donde resulta que hay una pérdida de capital invertido por la cual debe responder el tesorero. Los demás objetos, de los 300 a que la súplica se refiere, si representan el valor de capital prestado sobre ellos.

Está bien que el tesorero responda por el dinero que dio sobre esos objetos, o sea por $ 302.18, de acuerdo con la cláusula 10ª de la escritura de caución hipotecaria; y que al pagar ese valor retire los objetos, como se pide. Pero la súplica del libelo se extiende también a que el tesorero pague el 72% sobre el capital perdido o valor no representado ya por los objetos, y en esta parte la súplica no puede considerarse, porque esa modalidad de la obligación solicitada a manera de cláusula penal no consta en la escritura de fianza ni en ninguna otra de las piezas que obran en el expediente, es decir, que no está probada. Si fuera el caso, ella se estudiaría y resolvería de acuerdo con el art. 1601 del C. C.

Es verdad que los peritos incluyeron la pena en la obligación, pero en desarrollo del punto especial sometido a su dictamen por la parte demandante. Basta, pues, disminuír en $ 435.13, cuantía de la multa o pena, la suma de $ 5,263.94, saldo a cargo del ex-tesorero, según el peritazgo, lo que da un sal-

do definitivo de $ 4,828.81 moneda corriente colombiana.

En cuanto a la solicitud quinta, relativa a las costas procesales, la Corte tiene en cuenta que no hay temeridad de la defensa en este juicio en cuanto a la negativa del pago de una suma determinada, porque la sucesión consideró, y en este tópico con razón, que las cuentas no estaban aclaradas, y en efecto no hubo finiquito o cuenta a cargo que se presentara a la sucesión a modo de requerimiento. Y como las súplicas primera y segunda del libro no prosperan, no hay lugar a condenar a la sucesión al pago de las costas del juicio.

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, falla:

Primero.—Cásase parcialmente la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto de fecha 12 de noviembre de 1935 pronunciada en el juicio ordinario que la sociedad de obreros "Antonio Ricaurte" siguió contra la sucesión del ex-tesorero Modesto Torres, y dejando en firme la absolución relativa a las súplicas primera y segunda del libelo de instancia, por lo demás resuelve:

Segundo.—La referida sucesión pagará a la referida sociedad "Antonio Ricaurte", en la ciudad de Pasto, seis días después de ejecutoriada esta sentencia, la suma de cuatro mil ochocientos veintiocho pesos, ochenta y un centavos ($ 4,828.81) y los intereses de esta suma al seis por ciento anual (6%) desde el día veintitrés (23) de junio de mil novecientos treinta y tres (1933) hasta el día del pago.

Tercero.—La sucesión puede retirar de poder de la sociedad los efectos relacionados a folios 55, 55 vuelto, 56 y 56 vuelto del dictamen pericial que forma el cuaderno número cinco de este expediente al hacer el pago de la suma e intereses relacionados en el punto segundo precedente.

Cuarto.—Revócase la sentencia de primera instancia.

Quinto.—No hay lugar a condenación en costas ni en instancia ni en casación.

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, Emilio Prieto Hernández, Srio. int.

DEMANDA DE DIVISION Y OPOSICION DE LOS DEMANDADOS

Cuandoquiera que un comunero de un fundo vende porción de éste, queda el comprador, a la verdad, bajo la contingencia de que la ulterior división del fundo común adjudique o no en todo o en parte en pago de la cuota del respectivo comunero esa porción que éste ha vendido. Si tal adjudicación la comprende, retrotrayéndose la partición como establece el art. 1401 del C. C., el título conferido por tal comunero queda perfeccionado cual si él hubiese sido ya adjudicatario de la porción vendida cuando la vendió; y en el caso contrario, según ese mismo artículo, acorde con el 779 del mismo Código, cabe proceder como en el caso de venta de cosa ajena.

Poner fin a esa contingencia mediante una partición que decida esa incertidumbre es algo que, a la verdad, determina el interés jurídico de ese comprador en que la partición se efectúe, así sea mirando las cosas desde el punto de vista de aquella incertidumbre y del justo deseo de que cese y de la conveniencia de que esto suceda, para establecer de modo definitivo que queda por fuéra de la adjudicación parte o aun el todo de la porción comprada. Pero para ello ocurre indagar ante todo cómo y cuándo le asiste acción al respecto y contra quién. Claro es que cuando lo que ha sido objeto de la compraventa ha sido una cuota en la comunidad, no cabe duda sobre que ese comprador, investido consiguientemente de la calidad de comunero, puede por sí mismo en tal calidad demandar la partición. El caso es muy distinto cuando no ha sido objeto de la compraventa una cuota en la comunidad, sino un cuerpo cierto segregado como tal de una mayor extensión de tierra y señalado en el respectivo instrumento por sus precisos linderos.

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

(Magistrado ponente, Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

Francisco y Emiliana Balanta, representada ella por su marido, Lorenzo Mina, demandaron a Jorge Camacho, Miguel Guerrero, Mariana Vásquez de Collazos e Irene Salazar de Espinosa, viudas, todos vecinos de Cali, para que se decrete la partición del terreno ubicado en Jamundí, deslindado en el libelo y que hizo parte de los antiguos globos de Cabuyal y Mata de Guadua, cuya partición material quedó protocolada por instrumento Nº 70 en la Notaría 1ª de Cali el 26 de febrero de 1897.

Se opusieron los demandados y por tanto hubo de seguirse el juicio ordinario que a tal evento correspondía, según el art. 1297 del C. J., vigente a la sazón.

Cursó en el Juzgado 1º del Circuito de Cali, donde se falló negando lo pedido, por lo cual apelaron de la sentencia los demandantes, quienes, confirmada ella en la segunda instancia por el Tribunal, contra la de éste han recurrido en casación.

Antecedentes

En la citada partición protocolizada el 26 de febrero de 1897 se formó, entre otros muchos, un lote que se adjudicó a José Tomás y Leonidas Espinosa y los herederos de Miguel Angamú, con la cabida y por los linderos que la respectiva hijuela expresa, y con la advertencia de tener que deducirse de él dos pequeños allí precisados también, correspondientes uno a Francisco Montes y otro a Francisco Balanta.

El 15 de junio del mismo año, por instrumento Nº 213, en esa Notaría, José Tomás Espinosa vendió a Francisco Balanta un lote de 67 plazas por los linderos allí detallados y, por tanto, como cuerpo cierto, tomado según se advierte, de mayor extensión adjudicada al vendedor en la citada partición de febrero.

Balanta estaba casado a la sazón con Casimira Mancilla, lo que determinó que esa compra fuese adquisición de la sociedad conyugal; y muertos ambos, han sido declarados herederos suyos sus prenombrados hijos legítimos Francisco y Emiliana, quienes en esta calidad se presentan aquí como demandantes.

Sostienen que, por la citada compra de su padre, él adquirió cuota en esa mayor extensión o globo en la parte adjudicada a Espinosas y Angamúes, o sea, en lo que restó después de deducir los pequeños lotes adjudicados a Balanta y Montes, de que se habló ya; de manera que es ese lote Nº 3 restante, por su alinderación actual relatada en la demanda, lo que sostienen ser una comu-

nidad en que es comunero la sucesión de sus padres en cuya representación proceden.

Los demandados sostienen que no hay tal comunidad, y unos afirmando poseer sendos lotes como cuerpos ciertos y otros invocando contra el citado título de 15 de junio la enajenación o devolución que hizo Balanta en escritura de 1908, se opusieron a la división por no haber por qué pedirla ni sobre qué recayese.

La última escritura a que acaba de aludirse quedó desechada por el Tribunal motivadamente y por tacha de los demandantes. No habiendo reclamo actual al respecto y habiéndose de tener, pues, esto por firme, debe procederse en el presente recurso sobre el pie de existencia y vigencia del título aducido por los demandantes, o sea, la referida escritura de 15 de junio de 1897.

El Juzgado negó lo demandado, por la falta de comprobación de que el predio materia de la demanda y calificado en ella como comunidad sea la aludida mayor extensión de que se tomó el lote comprado por Balanta dicho 15 de junio.

El Tribunal, aunque con algunas reflexiones más, distintas de las del Juzgado, estimó igualmente que ese hecho falta al menos en su comprobación; y entre las aludidas reflexiones distintas formula la de que ese lote que Espinosa vendió a Balanta no pudo tomarse de ninguno de los lotes en que la citada partición protocolada en 1897 adjudicó derechos a Espinosa, por esto mismo, esto es, por haberle adjudicado sólo derechos y, por tanto, no ser dueño exclusivo y único de ninguno de ellos, sino comunero.

El recurso

El recurrente aduce las causales primera y segunda de las establecidas por el art. 520 del C. J.

Cuanto a la primera, formula los cargos que pasan a resumirse, en su orden, y a estudiarse del mismo modo.

I. Error de hecho y de derecho en la apreciación de la demanda y de las escrituras públicas traídas como títulos de dominio por las partes, así como de la inspección ocular y concepto pericial sobre el lote determinado en la demanda; y consiguiente violación de los arts. 2322 y 2323 del C. C., 145 de la ley 40 de 1907 y 1134 del C. J., por cuanto, en su sentir, aquellas pruebas demuestran que existe la comunidad afirmada por los actores, y, el fallo, no sólo desconoce la existencia de tal comunidad, sino que deja de acoger la acción divisoria consagrada en estas disposiciones legales.

Según el recurrente, dicha inspección ocular y dictamen pericial establecen que efectivamente lo comprado por Balanta a Espinosa se tomó del citado lote 3º; y dichas escrituras demuestran que todos los interesados en este juicio y, por tanto, los demandados también, derivan su título, siguiendo su cadena hacia atrás, de la citada partición de 1897; de suerte que los lotes o fundos que respectivamente ocupan corresponden también, como el de Balanta, a ese mismo lote 3º En este estudio se detienen siguiendo uno a uno tales títulos.

La Corte rechaza el cargo en fuerza de esta consideración: aun sobre la base de que, no sólo el lote comprado por Balanta en junio de 1897, sino cada uno de los lotes poseídos por cada uno de los demandados constituyeron para febrero de 1897 el citado lote Nº 3 o hicieron parte integrante de éste, ello, que corrobora que para ese año este globo quedó siendo común, lo que nadie niega, no puede significar que siga siendo común hasta el presente ni, mucho menos, que Balanta por aquella compra adquiriese cuota de comunidad en ese saldo o resto del globo Nº 3, y no un cuerpo cierto, precisado por sus linderos y cabida.

Esta sola razón sería suficiente para negar lo pedido por los demandantes, porque, como ya se ha dicho, obran como sucesores de Balanta y aducen, como único título y comprobante de ser comuneros en el globo cuya división piden, la compra hecha por su padre dicho 15 de junio, y porque, habiendo sido esta compra la adquisición de un cuerpo cierto, mal podría reputarse como arma para demandar la división del globo de que se segregó o como comprobante de que este globo sea una comunidad y de que ellos tengan cuota en ésta.

A mayor abundamiento se transcribe en lo pertinente esa escritura, cuya copia notarial registrada forma los folios 1 y 2 del cuaderno 1º por haberse acompañado a la demanda. Allí dice Espinosa que vende a Balanta: "sesenta y siete plazas en los terrenos de El Cabuyal y Mata de Guadua... hacia el oriente de su lote, bajo los siguientes linderos: por el norte, con terrenos de los Jordanes; por el sur, con terrenos de Francisco Montes y del otorgante; por el oriente, con el río Cauca; y por el occidente, con terrenos pertenecientes a la familia Angamú. Que este terreno corresponde al vendedor por adjudicación que de mayor número de plazas se le hizo en la división (aquí cita la referida partición de febrero del mismo año de 1897)". Adelante agrega: "Que desde esta fecha entrega el terreno vendido

al comprador con las acciones consiguientes". Por su lado Balanta acepta, ofrece pagar el precio en las condiciones que allí constan al respecto y declara que "hipoteca especial y señaladamente en favor de su acreedor las mismas sesenta y siete plazas de terreno que compra, por los linderos que se han expresado".

La boleta de registro al expresar la cantidad pagada por impuesto sobre el precio aludido dice que éste es el que Espinosa vende a Balanta "un lote de tierra ubicado en el distrito de Jamundí...".

El abogado recurrente reconoce que los demandados se hallan en la situación que afirman sobre la realidad de los hechos. De ahí que su alegato contenga estas frases: "... la defensa ensayada por éstos (los demandados) ha consistido en decir que ocupan cuerpos ciertos, y esto no lo niego. Ocupan cuerpos ciertos; pero del terreno comunal, y como ya lo expresé atrás, quien adquiere un cuerpo cierto dentro de una comunidad, lo adquiere condicionalmente, sujeto a la contingencia de que a su causahabiente (léase causante) no se le adjudique la porción vendida, sino una menor o distinta de la vendida".

Y ya en sección anterior de su mismo alegato, refiriéndose a la misma contingencia, había dicho: "Sirven los anteriores principios para descartar del litigio la idea que han querido hacer predominar los demandados de que ocupan un cuerpo cierto para librarse de la demanda. Los herederos de Francisco Balanta también tienen un cuerpo cierto, pues eso reza la escritura Nº 213 de 15 de junio de 1897; pero precisamente lo que quieren es definir su título desligándolo de la comunidad para tener, entonces sí, el dominio sobre un cuerpo cierto".

Cuandoquiera que un comunero de un fundo vende porción de éste, queda el comprador, a la verdad, bajo la contingencia de que la ulterior división del fundo común adjudique o no en todo o en parte en pago de la cuota del respectivo comunero esa porción que éste ha vendido. Si tal adjudicación la comprende, retrotrayéndose la partición como establece el art. 1401 del C. C., el título conferido por tal comunero queda perfeccionado cual si él hubiese sido ya adjudicatario de la porción vendida cuando la vendió; y en el caso contrario, según ese mismo artículo, acorde con el 779 del mismo código, cabe proceder como en el caso de venta de cosa ajena, por serlo así en realidad la de todo aquello en que la porción vendida no se adjudique al pagar la partición de la cuota de tal comunero.

Poner fin a esa contingencia mediante una partición que decida esa incertidumbre es algo que, a la verdad, determina el interés jurídico de ese comprador en que la partición se efectúe, así sea —mirando las cosas desde el punto de vista de aquella incertidumbre y del justo deseo de que cese y de la conveniencia de que esto suceda— para establecer de modo definitivo que queda por fuera de la adjudicación parte o aun el todo de la porción comprada.

Pero para ello ocurre ante todo indagar cómo y cuándo le asiste acción al respecto y contra quién.

Claro es que cuando lo que ha sido objeto de la compraventa ha sido una cuota en la comunidad, no cabe duda sobre que ese comprador, investido consiguientemente de la calidad de comunero, puede por sí mismo en tal calidad demandar la partición. Esa adquisición de cuota lo ha vinculado con la comunidad y, por ende, con los comuneros restantes, en cuyo grupo entra a formar.

Pero el caso es muy distinto cuando no ha sido objeto de la compraventa una cuota en la comunidad, sino un cuerpo cierto segregado como tal de una mayor extensión de tierra y señalado en el respectivo instrumento por sus precisos linderos. Tal el del presente litigio, en que la escritura de 15 de junio ni siquiera determinó el globo de que el vendedor segregaba un lote precisado por él allí como cuerpo cierto. Se habló de mayor extensión habida por él en la partición de 26 de febrero de 1897, sin decir dónde era ella, de dónde se tomaba aquel lote. Las partes han discutido a este respecto, y las probanzas de los actores que ahora cita su abogado en este recurso al respecto, se encaminaron a determinar cuál fue ese globo de los varios en que aquel vendedor obtuvo derechos en tal partición. Esa cita o indicación de mayor extensión parece encaminada, a juzgar por el contexto de la escritura, a justificar el vendedor que sí tenía cómo y de dónde venderle las sesenta y siete plazas materia del contrato, como extensión del lote preciso que, para mayor detalle, tomaba el vendedor de la parte oriental de lo que en esa escritura llama su lote, ya como si de un globo común entre él y terceros se hubiese formado para él un lote singular íntegramente suyo a la sazón, ya al menos para concurrir a la fijación del sitio y sugerir que cuando ese globo se dividiese entre él y sus condueños, la cuota de él habría de ser sobre el oriente de aquel globo. Sea de

todo esto lo que fuere, ello es que Espinosa vendió a Balanta un cuerpo cierto.

Así las cosas, no habiéndose establecido para Balanta la calidad de comunero en el globo en que consistiese la mayor extensión aludida por Espinosa, no quedó el comprador provisto de la acción divisoria para la cual esa calidad de comunero es indispensable; de suerte que la referida conveniencia y justo deseo de un comprador de definir su situación ante la contingencia de que se viene hablando en relación con los citados arts. 779 y 1401, ya no los puede lograr demandando el comprador la división. Cabría exigírsela al vendedor en forma que, ejerciendo éste tal acción, viniese a completar sus obligaciones de vendedor en lo atañedero a la perfección del título.

Para que el comprador pudiese por sí ejercitar esa acción sería preciso que nuestras leyes la otorgasen. En ellas no se encuentra inclinación hacia lo que los autores llaman acción oblicua, que sería la del caso. Más bien parecen esquivarla. Así, por ejemplo, en el caso del artículo 1736 del C. C., el acreedor no puede proceder de suyo contra aquéllos por cuyo hecho o culpa ha perecido para el la cosa, sino exigir que se le cedan las acciones del vendedor contra ellos.

Nótese la diferencia que en el caso presente habría entre la escritura de 15 de junio, cuyos términos son netos e inequívocos sobre que lo vendido fue un cuerpo cierto, y una que en vez de ellos hubiese manifestado el vendedor, por ejemplo, esto: "vendo una cuota de 67 plazas que se tomarán de la porción oriental del globo ubicado en Jamundí, cuyos linderos son: ..."; y en que hubiese agregado que en este globo general, cuyos linderos habrían tenido que expresarse en la escritura, como acaba de verse, tenía derechos de comunero en virtud de la partición, la que habría citado, como lo hizo en efecto, la escritura de 15 de junio, aquí trascrita en lo pertinente.

La redacción con que quedó esta escritura impide conceptuar en la forma que sería preciso hacerlo para que se tuviese investido por ella al comprador de la calidad de comunero en ese globo general de que demanda y recurso hablan y que en la escritura brilla por la ausencia completa de su alinderación y aun de siquiera su cita.

Aunque lo dicho obliga a rechazar el cargo que se viene estudiando, no sobrarán algunas otras observaciones, así sean tangenciales. Cuandoquiera que viene a quedar fragmentado en varios cuerpos ciertos lo que una vez fue finca común, ello obliga a reconocer el hecho presente con la existencia, en él, de esos diversos cuerpos ciertos independientes y separados unos de otros, lo que impide considerar que quienes adquirieron y poseen tales cuerpos ciertos como tales sean comuneros de esa primitiva finca única, e impide considerar que ésta sigue conservándose como primitivamente fue en tiempo cercano o remoto pero en todo caso anterior al actual en que hay esa fragmentación y en que, repítese, cada poseedor actual lo es por haber adquirido un cuerpo cierto.

De ahí que no pueda admitirse como demostración de la existencia al presente de una comunidad, por ejemplo, la afirmada por los actores en el presente litigio, el hecho de que el título de ellos y el de cada uno de los demandados tengan una misma fuente y que todos los respectivos lotes se tomaran de algo que para 1897 era un solo globo. No es en 1897 cuando se está decidiendo el pleito, ni es ante la situación creada para ese año en febrero ante la que se está, sino ante la del año de 1929, en que se entabló la demanda.

El artículo 2330 del C. C. da a cada comunero de tierra labrantía el derecho de obtener se le señale su trabajadero en porción proporcional a su cuota, sin lugar a inquietar a los otros, y por tanto, en forma de no ser inquietado ninguno. Se establece así un **modus vivendi** por mientras la comunidad dure. Lo que por virtud de esa disposición se haga obrará sobre la partición en su día como indica la regla segunda del art. 2338 del mismo Código.

Como ese art. 2330 habla de comunidad existente, dando por sentado este hecho, y se refiere a comuneros, es extraña a un caso como el del presente litigio en el cual, a más de no tratarse de algo conducente a la conservación provisional, administración y marcha de una comunidad, sino de su partición, no se trata tampoco de alguien que fuera comunero originariamente o que viniera a serlo por haber adquirido cuota, sino de un comprador de lote adquirido como cuerpo cierto, según repetidamente se ha dicho en el curso de esta sentencia.

II. Violación de los arts. 1871 y 1530 del C. C. por desconocer el Tribunal la validez y hasta la posibilidad de la venta de algo por quien no sea su dueño y dueño único, así como por desconocer que en la enajenación

hecha por un comunero hay la contingencia de que al partirse la comunidad no corresponda a su cuota aquello mismo que ha enajenado, lo que hace condicional tal enajenación.

Estos cargos, aun aceptados en sí, es decir, en cuanto son una acusación al Tribunal por el desconocimiento de estos principios, formulada por el recurrente, no conducen a infirmar el fallo.

En efecto, dado ese art. 1871, nadie discute la validez de la venta de cosa ajena en nuestro derecho, como nadie discute la contingencia de que acaba de hablarse, con las consecuencias establecidas por los citados artículos 779 y 1401, cita a que por analogía puede agregarse la del artículo 2442, también del C. C. Pero de ahí no se deduce que Balanta comprara algo que no fuera el cuerpo cierto precisado en la escritura tántas veces citada aquí de 15 de junio y que ese algo fuera una cuota en la comunidad que se había creado sobre el terreno de que se segregó ese lote, caso en el cual sí habría adquirido la acción de communi dividundo a que exclusivamente se encamina este pleito.

La acusación del recurrente no incide, pues, o no influye sobre la parte resolutiva, que es la negación de esa acción por no ser Balanta comunero.

Aunque estas consideraciones rechazan el cargo, si no en sí mismo, sí en su alcance para casar, no sobrarán estas reflexiones cuando el comunero vende una cosa comprendida en una comunidad universal, v. gr., una herencia, el comprador queda en el referido peligro de que al partirse la comunidad deje de adjudicarse, en la hijuela que pague el derecho del vendedor, esa cosa; y cuando se trata de comunidad singular ocurre igual peligro, en cuanto al formarse lotes en la partición material del bien común, puede no coincidir en todo o parte con un lote vendido por un comunero el que se adjudique en pago de la cuota de éste. Es obvio que mientras no haya partición no puede saberse siquiera ni afirmarse si la mentada coincidencia se ha producido o falta y si por tanto se ha perfeccionado el título del comprador o se ha producido la venta de cosa ajena.

Quien por una partición en esta forma viene a verse comprador de lo ajeno y, por ende, víctima posible o efectiva de las acciones del verdadero dueño, tiene los recursos legales, tanto para defenderse de éste en su oportunidad y caso, cuanto para ser saneado cuando se le ha vencido.

De nada de esto se trata en el presente juicio y recurso.

III. Violación del art. 2673 del C. C. por aplicación indebida, en razón de no ser el caso de abstenerse el juzgador de tomar en consideración la partición citada de 1897 y las respectivas hijuelas por los defectos de su registro que el Tribunal le anota sin fundamento, al decir del recurrente y violación, por igual motivo y en razón de no haberlos aplicado, de los arts. 2641, 2652, 2654 y 2662 de esa obra.

No hay lugar siquiera a estudiar el cargo, por su ninguna incidencia o influencia sobre la parte resolutiva de la sentencia recurrida. En efecto, reputándolo fundado y que, por tanto, no debieran haberse hecho tales reparos por el Tribunal, de ahí no se derivaría razón alguna contra el concepto que decide el presente recurso, que es, repítese una vez más, el de que Balanta no adquirió derechos de comunero y por tanto no puede ejercitar una acción que requiere esa precisa calidad en quien la invoca.

Claro es que en todas las reflexiones sobre esta circunstancia decisiva han sido extraña la consideración en sí mismos de los títulos a que se refiere este otro cargo del recurrente.

Este invocó también el motivo 2º de los establecidos por el art. 520 del C. J., que dice: "No estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes".

Al acusar así el recurrente advierte que los demandados señor Guerrero y señora Vásquez se opusieron afirmando ser dueños de lotes como cuerpos ciertos, los cuales no hacen parte de comunidad alguna. Y considera inadmisible respuesta para aquel cargo la que se diera diciendo que la sentencia es absolutoria, con lo que de ordinario basta, pues —dice el recurrente— la acusa de error de derecho en la interpretación de la demanda, en la que el Tribunal debió ver planteada "una cuestión de dominio".

La circunstancia de que el individuo demandado para la división de una comunidad, afirme al oponerse a la división que no es asignado en ninguna comunidad sino dueño de un cuerpo cierto, no puede entenderse como hecho capaz de convertir la demanda de división en juicio reivindicatorio. Este tiene finalidades y calidades muy distintas

y ha de tener fundamentos también distintos de aquel juicio especial. No sería admisible tampoco entender legalmente trasformada la de una demanda en la otra.

Además, y con esta observación bastaría a rechazar el cargo, la demanda inicial de este juicio inequívocamente versa sobre división de cierto fundo y se basa en que éste es común y en esta forma pertenece a los demandados y a la sucesión representada por los demandantes. Entenderla así, leerla tal como está escrita, no puede ser interpretarla erróneamente.

Claro es que si entre los fundamentos a la oposición a una demanda divisoria figura la afirmación del demandado o demandados de estar poseyendo cuerpo cierto, hay que estudiar sus títulos para saber la verdad de esta afirmación y para saber igualmente si por eso su oposición se justifica. Pero este estudio es algo muy distinto del que corresponde a un juicio de dominio, como este juicio en sí es distinto de aquél, y el tener que entrar así en ese estudio es algo muy distinto de sentirse dentro de una reivindicación y proceder como si ésta fuese lo demandado.

Cuando de esto se trata y esto es lo que se aspira a que sea estudiado, debatido y decidido, indispensablemente debe incoarse esta acción, así como cuando se trata de deslinde, lo procedente es pedir éste y no algo distinto, del propio modo que cuando el vendedor no entrega la cabida declarada por la cual dice responder, la acción debe ser la encaminada a los fines consiguientes y no otra. Sabido es que, aun en el evento de existir a la verdad el derecho cuya eficacia va a buscarse judicialmente, no se logra esta finalidad si se desacierta en el sendero que por ley corresponda. Y sabido es, por otra parte, que en el curso de un pleito y mucho menos, en el recurso de casación, si es que la gradación cabe, no puede cambiarse la naturaleza y fin de aquél trocándolos en algo diferente de lo establecido por la demanda y la respuesta, en su caso.

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 pleito por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali el cinco de noviembre de mil novecientos treinta y cinco.

Sin costas, por no aparecer que se causaran.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Antonio Rocha, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J., Juan Francisco Mújica, Eduardo Zuleta Angel, Emilio Prieto Hernández, Srio. int.

SERVIDUMBRE DE ABREVADERO

Cuál es la índole de la servidumbre de abrevadero? Escriche, Baudry-Lacantinerie, Josserand, Claro Solar, Rodríguez Piñeres y otros tratadistas nacionales y extranjeros, la califican de servidumbre discontinua. En asimismo, en principio, la opinión de esta corte. De ordinario es discontinua, porque consiste en dar de beber al ganado conduciéndolo de un fundo a otro fundo. Generalmente conlleva la de tránsito, como accesoria. Se supone que hallándose el bebedero en el predio sirviente y los ganados en el dominante, es lo natural que éstos sean conducidos o llamados en ciertas horas del día, de su dehesa a la fuente y de la fuente a su dehesa. He aquí el hecho actual del hombre, ejecutado por el pastor que arrea, o facilita o permite o vigila el acceso de los ganados. En su clásico tratado habla Pardessus del propietario que estipula el derecho de "CONDUCIR sus ganados al abrevadero". (PECORIS AD AQUAM ADPULSUS). Excepcionalmente pudiera ser continua, porque no exigiese la accesoria de tránsito ni requiriese el hecho actual del hombre. Ejemplo: los ganados de un predio, sin necesidad de caminar por el otro predio, beben espontáneamente de un agua que, perteneciendo al servil, corre o se halla en éste y a linde con el dominante. Paralelo entre las servidumbres continuas y las discontinuas. Qué se entiende por "hecho actual del hombre". Omisión de actos de mera facultad y mera tolerancia de actos de que no resulta gravamen. Relaciones de buena vecindad.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Civil.—Bogotá, noviembre treinta de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente, Dr. Miguel Moreno Jaramillo)

Angel M. Lenis Alvear demandó a Gustavo Zamorano para que se hicieran estas declaraciones:

Primera.—Que el terreno adjudicado a Eleuterio Lenis, padre del demandante, goza de servidumbre de abrevadero para los animales que allí pastan y para ir hasta las quebraditas que forman la quebrada llamada "El Bermejal", que nace en el alto de Santa Inés y sigue hacia el camino que va a la población de Vijes y al paso de "La Torre", puesto que tal servidumbre ha sido ganada por prescripción de más de treinta años.

Segunda.—Que el fundo encerrado por Gustavo Zamorano, continuo al del actor, soporta servidumbre de abrevadero a favor del inmueble de éste.

Tercera.—Que Zamorano sea condenado a dejar libre el paso entre el inmueble del actor y el abrevadero que forman las dos quebraditas.

También pidió Lenis Alvear que Zamorano fuese condenado a no reincidir en hechos tendientes a privarle del abrevadero; a indemnizarle perjuicios por la privación de éste, y a pagar las costas del juicio.

El juzgado de Cali absolvió al demandado de los cargos que le fueron formulados en la demanda, y el tribunal confirmó ese fallo.

El actor recurrente aduce estas causales de casación:

1ª—Error de hecho en cuanto a la falta de estimación de las pruebas del demandante, que consisten:

a).—En los títulos acompañados a la demanda con los cuales se acredita que el actor es dueño del fundo a favor del cual solicita el reconocimiento de la servidumbre de abrevadero;

b).—En las declaraciones de Escobar, Rodríguez, Tello, Claros, los Cueros, Monedero y Collazos, de las cuales se deduce que hace más de treinta años los animales que pastan en la hacienda del actor han tenido como único abrevadero, en la parte alta, la quebrada de "Bermejal", y que el demandado ha construído una cerca para impedir que esos animales usen del agua;

c).—En las declaraciones de Collazos M., Escobar, Tello, Rodríguez y Cuero M., quienes conocen hace más de treinta años la senda por donde iban a beber los animales del demandante;

d).—En las posiciones absueltas por Zamorano, quien confiesa haber alambrado su hacienda, con lo cual impidió el goce del abrevadero;

e).—En la inspección ocular practicada con peritos, por medio de la cual se ave-

riguó que en la parte alta de la finca del demandante no hay abrevadero; que el demandado cercó su terreno, y que existe la senda por donde transitaban los ganados.

Dice el recurrente que con esas pruebas, no tenidas en cuenta por el tribunal, se establecen los hechos constitutivos de una servidumbre de abrevadero.

Concluye diciendo que al no apreciar el tribunal esas pruebas, cometió evidente error de hecho, a consecuencia del cual violó, por no aplicación, los artículos 881, 882, 885, 937 y 941 del código civil y 9º de la ley 95 de 1890.

2ª—Error de hecho en la apreciación de los testimonios rendidos por Sánchez y Orejuela.

Dice que aun cuando el tribunal no cita esos testimonios, sólo ellos debieron inspirarle estas consideraciones: "El que tolera que el ganado de su vecino transite por sus tierras criales, o paste en ellas, no por esto se impone la servidumbre de ese tránsito o pasto. Exactamente lo mismo puede decirse del que tolera que el ganado de su vecino transite por sus tierras eriales y abreve en las aguas que corren por éstas. No por eso se impone la servidumbre de ese tránsito o abrevadero".

Dice que quien se apoya en el artículo 2520 del código civil, está obligado a demostrar cuáles han sido los actos de tolerancia, si éstos no causan gravamen y si no constituyen servidumbre.

Dice que si se cree que el tribunal dedujo la tolerancia no sólo de las pruebas del reo sino también de las del actor, acusa, para ese supuesto, por error evidente en la apreciación de las presentadas por el último.

Dice que a consecuencia de estos errores el tribunal aplicó indebidamente el artículo 2520 del código civil.

3ª—Error de derecho al confundir la servidumbre de abrevadero con la de tránsito, pues la última suele servir de medio para el ejercicio de la primera, y debido a esta confusión no apreció el tribunal las pruebas del actor, que hablan del camino para llegar al abrevadero, y dejó de aplicar el artículo 945 del código civil, por no haber declarado prescrito a favor del demandante el modo particular como fue ejercido ese derecho.

4ª—Violación directa de los artículos 892, 893, 2531 y 2532 del código civil, y aplicación indebida del artículo 902 de la misma obra y del 9º de la ley 95 de 1890.

Después de citar el recurrente la sentencia de casación proferida por esta corte el 11 de junio de 1935, y de reproducir algunos de sus apartes, hace estos comentarios:

"Quiere decir lo anterior, en conclusión, que un tercero no riberano puede ganar por prescripción los derechos consagrados en el artículo 892 del código civil a favor de los riberanos; y como entre éstos está el de que puedan abrevar sus animales, el derecho de abrevadero se puede ganar por prescripción por un tercero no riberano que haya hecho uso del derecho dicho por el término necesario para que la prescripción se consume, o sea por ocho años como enseña el artículo 893 de la obra citada".

"En las pruebas del actor aparece claramente demostrado que los animales de la hacienda de Mulaló y Salento, en la parte que es de él, transitaron por más de treinta años para ir al abrevadero de Sestiadero, por una senda que todavía existe, siendo ésta la manifestación clara, el medio suficientemente caracterizado tendiente a la apropiación del agua para el uso de los animales, una obra aparente para el servicio del abrevadero".

. . . . . .

. . . . . .

"Siendo el derecho real sui generis consagrado por el artículo 892 del código civil susceptible de prescripción y siendo el término de ésta de ocho años, conforme al artículo 893 de la misma obra, el tribunal ha debido de aplicarlos; y como no lo hizo violó de un modo directo tales disposiciones".

"Y como no sólo transcurrió el tiempo para ganar con la corta prescripción de ocho años, sino que transcurrió un tiempo suficiente para ganar la treintenaria, al menos el tribunal ha debido aplicar los artículos 2531 y 2532 del código civil. Como no lo hizo violó estos artículos directamente".

"En cambio, el tribunal aplicó indebidamente los artículos 9º de la ley 95 de 1890 y 902 del código civil. No tratándose de servidumbres sino del derecho real sui generis de que he hablado, para nada ha debido tenerse en cuenta el artículo 9º citado. Estando limitado el derecho de Zamorano por el derecho de Lenis Alvear para llevar sus animales al abrevadero, ganado este derecho por prescripción, el derecho a cercarse del primero no puede ejercitarse sino en cuanto con el cerramiento no perjudique el derecho de abrevadero de Lenis Alvear".

5ª—Error de hecho y de derecho en la interpretación de la demanda.

a).—Error de hecho. Dice que el tribunal ha debido ver, cuando estudiaba la demanda, como lo vio la corte en la sentencia de 11 de junio de 1935, que a pesar de emplearse la palabra servidumbre, se trataba de obtener el uso del agua para abreva-

dero, o sea la declaración de que este derecho real sui generis lo tiene adquirido el actor por prescripción. Si el tribunal hubiera aprehendido el pensamiento íntimo de la demanda, agrega el recurrente, habría aplicado los artículos 892 y 893 del código civil, dándoles la interpretación que la corte les dio en el fallo citado; pero como debido a ese error de hecho no aplicó tales artículos, de esta manera los infringió, lo mismo que los artículos 2531 y 2532.

b).—Error de derecho. Dice que la noción equivocada de la inteligencia y de la aplicación que debe darse a los artículos 892 y 893 del código civil, lo llevó a situar exclusivamente el problema bajo el aspecto de la servidumbre sin tener en cuenta el aspecto del derecho real sui generis, prescriptible, que ofrece el artículo primeramente citado. Agrega que sin la noción errada de tales preceptos, el tribunal los hubiera aplicado, mediante una recta interpretación de la demanda, y como no obró así, los violó y violó también los artículos 2531 y 2532 del mismo código civil.

La corte considera:

Una de las bases del fallo recurrido consiste en que siendo la servidumbre una merma del dominio, para que sea reconocida por sentencia ha de dirigirse la acción correspondiente contra el dueño del fundo que presta el servicio o contra todos sus condueños si se halla en comunidad.

El recurrente no ataca esta base de la sentencia.

La corte ha sostenido, como puede verse en su fallo de 24 de julio de 1920, inserto en el Nº 1450 de GACETA JUDICIAL, que siendo la servidumbre limitación de la propiedad de un predio en favor de otro predio de distinto dueño, la acción real que se promueva para obtener que sea declarado un gravamen de este linaje, habrá de dirigirse contra el dueño del predio cuyo gravamen se busca, pues tratándose de restringir el dominio la controversia ha de ventilarse entre propietarios.

El actor manifestó desde su demanda que el fundo de "El Bermejal", en donde el reo hizo la cerca, es un "globo indiviso o comunero"; luego ha debido demandar a todos los dueños de ese inmueble.

De modo que no yerra el tribunal cuando teniendo en cuenta que el demandado es apenas comunero del predio, afirma que son todos los copartícipes, y no uno solo, quienes deben responder en juicio de servidumbre. Esto debió llevarle a declarar probada la excepción de petición de un modo indebido en cuanto a la súplica sobre reconocimiento del gravamen, y a abstenerse de entrar en este punto al fondo de la controversia.

La corte estudiará una a una las causales propuestas.

El código civil, luégo de definir la servidumbre, dice que puede ser activa o pasiva, continua o discontinua, positiva o negativa, aparente o inaparente; y un poco adelante, después de perfilar bien esta limitación del dominio, enseña cómo puede ser natural o legal o voluntaria.

De esta clasificación de servidumbres importa para el negocio en estudio destacar la discontinua e inaparente, puesto que a lo largo del proceso ha sostenido el actor que la de abrevadero, considerada por él como continua y aparente, es adquirible por prescripción de diez años contados como para la adquisición del dominio, según lo establece, en su artículo 9º, la ley 95 de 1890.

Servidumbre continua es la que se ejerce o se puede ejercer continuamente, sin necesidad de un hecho actual del hombre; servidumbre discontinua es la que se ejerce a intervalos más o menos largos de tiempo y supone un hecho actual del hombre.

El código civil colombiano, en su artículo 881, da como ejemplo de servidumbre continua la de acueducto por un canal artificial que pertenece al predio dominante, y como ejemplo de servidumbre discontinua la de tránsito. Más explícito en este punto el código francés, su artículo 688 trae como ejemplos de la primera clase las servidumbres de acueducto, de desagüe y de vista, y como ejemplos de la segunda clase, las servidumbres de paso, de sacar agua y de dehesa.

Lo que determina el carácter peculiar de la servidumbre continua no es que se ejerza o pueda ejercerse continuamente, sin interrupción alguna, pues continuidad no es sinónimo de permanencia, sino que su ejercicio no exija actualmente un hecho del hombre. Se practica por sí misma, creado ya el estado de cosas que supone. Hecho el acueducto, la servidumbre opera sin intervención de su dueño. Es posible que no implique obra, como en la de abstenerse de construír.

Lo que fija la índole privativa de la servidumbre discontinua es su utilización humana, por cuanto supone actos sucesivos del

hombre. Su ejercicio no sobrevive a la actividad actual de éste. Cesa desde que ella deja de producirse. Construído el lavadero, la servidumbre no funciona sino merced a actos de quien adquirió para su fundo el derecho de lavar. No excluye alguna obra, y algunas veces la exige, como la puerta o el camino por donde se pase y transite.

El vocablo **continua** parece excluír la intermitencia; pero no es éste el significado que da el código a la servidumbre continua. Hay servidumbres cuyo uso es continuo, como la de no plantar, y otras cuyo uso es intermitente, como la de aguas-lluvias, y una y otra son continuas porque su ejercicio puede ser continuo sin necesidad de un hecho actual del hombre.

El vocablo **discontinua** parece excluír la permanencia; pero no es éste el significado que da el código a la servidumbre discontinua. Puede transitarse incesantemente por un camino o sin intermisión sacarse agua de un pozo, y sin embargo, las servidumbres de tránsito y de sacar agua son discontinuas, porque sin el hecho actual del hombre no pueden utilizarse. Su ejercicio está ligado a la actividad humana. Comienza y acaba con ella. Jamás la sigue.

Por **hecho actual del hombre**, indispensable para ejercer la servidumbre, debe entenderse el hecho en que consiste su ejercicio mismo, y no el hecho sin el cual la servidumbre no se hubiera establecido. No toda servidumbre exige para su establecimiento un hecho del hombre. Pero las voluntarias positivas, que imponen al dueño del predio sirviente obligación de dejar hacer, sí suelen suponer un hecho anterior del hombre, como construír el acueducto o abrir la ventana, hecho que no ha de confundirse con el actual, requerido para su ejercicio.

Recordado el carácter de la servidumbre continua y el de la discontinua, véase ahora lo que distingue a la aparente de la inaparente, por cuanto el actor finca su acción en que la de abrevadero es, a su juicio, una servidumbre continua y aparente.

Servidumbre **aparente** es la que está continuamente a la vista; servidumbre **inaparente** es la que no se conoce por señal exterior.

Esta definición del código civil, contenida en su artículo 882, da el concepto errónco de que la servidumbre aparente es cosa corporal. Más preciso el 689 del código francés, enseña que las servidumbres aparentes son las que se anuncian (no las que están a la vista) por obras exteriores, y servidumbres inaparentes las que no ofrecen signo exterior de su existencia.

Una misma servidumbre, la de tránsito por ejemplo, puede ser aparente o inaparente, según el modo de utilizarse: será lo primero si se hace por una senda o puerta especial; será lo segundo cuando su ejercicio no deja huella.

Para que una servidumbre sea adquirible por prescripción, exige el código la continuidad y la apariencia, en desarrollo de estos principios: la posesión que conduce a la usucapión debe ser pública; los actos de simple tolerancia no fundan posesión ni prescripción.

Algunos autores franceses, entre ellos Louis Josserand, no se explican por qué una larga posesión no conduciría a la adquisición de una servidumbre de paso cuando sí basta para obtener una servidumbre de vista. Fúndanse en que la diferencia es tanto más extraña cuanto la usucapión es esencialmente un modo de prueba.

Dice Josserand que el sistema restrictivo del código civil obedece a un precedente histórico: colocados sus autores en presencia de dos sistemas contrarios, el de la costumbre de París, que descartaba la prescripción para toda especie de servidumbres, y el de otras costumbres, que la admitían para todas las especies, adoptaron un término medio, poco feliz, pensando satisfacer parcialmente a las dos escuelas con oportunismo jurídico.

Sea como fuere, en Colombia y en Francia es indudable, ante los precisos textos legales, que la servidumbre no puede adquirirse por prescripción sino cuando a un mismo tiempo es continua y aparente.

Cuál es la índole de la servidumbre de abrevadero?

Escriche, Baudry-Lacantinerie, Josserand, Claro Solar, Rodríguez Piñeres, y otros tratadistas nacionales y extranjeros, la califican de servidumbre discontinua. Es asimismo, en principio, la opinión de esta corte. Tendrá apariencia cuando se manifieste por alguna señal exterior, como un camino que conduzca al bebedero o una puerta que dé entrada a la heredad en donde está el agua; e inapariencia, cuando no haya señal exterior que la denuncie. Pero de un modo u otro, es la de abrevadero una servidumbre naturalmente discontinua. Consiste en el derecho que tiene el dueño de un predio para llevar su ganado a beber en el pozo, arroyo, manantial o estanque de la heredad ajena.

La servidumbre de abrevadero conlleva la de tránsito. El que quiere el fin quiere los medios. O, como dice el código, quien tiene derecho a una servidumbre, lo tiene igualmente a los medios necesarios para ejercer-

la. Así, el que tiene derecho de abrevar sus ganados en una fuente situada en la heredad vecina, tiene el derecho de tránsito para ir a ella, aunque no se haya establecido expresamente en el título. Pero de suyo la entrada o paso no constituye servidumbre autónoma, pues no se debe sino como accesoria de la de abrevadero y como medio de utilizar ésta. Extinguida la principal se extingue la que a ella accede. Todo esto indica que la acción de quien pretende haber usucapido la servidumbre de abrevadero se endereza naturalmente, dígalo o no lo diga en su demanda, a obtener que por sentencia se declare a su predio dueño de dos servidumbres: una, la principal, para abrevar los animales, y otra, la accesoria, para transitar desde la heredad dominante hasta donde se halle el bebedero.

El actor ha venido sosteniendo que la servidumbre de abrevadero, continua a su juicio, puede usucapirse.

En la demanda inicial, fechada el 3 de septiembre de 1930, dice lo siguiente:

"Por manera que es indispensable averiguar previamente si la servidumbre de abrevadero es continua y aparente, pues de esto depende la solución que deba darse a mi demanda. Es de la esencia de la servidumbre continua que se ejerza o se pueda ejercer continuamente, sin necesidad de un hecho actual del hombre. Luego si la servidumbre de abrevadero se halla en este caso, legalmente tiene que concluirse que tal servidumbre es continua. El artículo 881 del código civil, que dejo copiado, es suficientemente claro al respecto, cuando dice que "servidumbre continua es la que se ejerce o se puede ejercer continuamente", sin que sea necesario un hecho actual del hombre; por consiguiente, basta el segundo caso, para la continuidad de la servidumbre de abrevadero, ya que mis ganados y bestias hacen uso del abrevadero en fuerza del instinto y del hábito y van a hacer uso de ese abrevadero sin intervención o sin necesidad de un hecho actual del hombre, es decir, sin que yo ni mis agentes tengamos que estar día por día llevando esos ganados y bestias al abrevadero. Y si la servidumbre de abrevadero es continua, ella puede ganarse por prescripción al tenor de lo dispuesto por el inciso 2º del artículo 9º de la ley 95 de 1890".

En la demanda de casación insiste en su tesis sobre continuidad de la servidumbre de abrevadero, y cita una sentencia proferida por el tribunal de Cali, con fecha 29 de abril de 1930, en el juicio posesorio que Alvear promovió contra Zamorano, sentencia en que se hacen estas consideraciones:

"No hay inconveniente en admitir la teoría que el demandado expone acerca de la clasificación de las servidumbres, porque sobre el particular no dice sino lo que la ley dice. Pero si es evidente que la servidumbre de abrevadero es voluntaria, por no figurar entre las naturales y las legales, no es posible admitir que sea discontinua (se subraya). Y si no, véase lo que establece el código civil en su artículo 881... Es de la esencia de la servidumbre continua que se ejerza o pueda ejercerse continuamente, sin necesidad de un hecho actual del hombre. Es así que la servidumbre de abrevadero se halla en este caso, luego es continua. La continuidad no consiste en que la servidumbre se halle en acto de una manera incesante. No, porque, según la disposición legal transcrita, basta que pueda ejercerse continuamente, sin que sea necesario un hecho actual del hombre. Según lo afirmado por el demandante, sus ganados, que pacen en una dehesa suelta, van por sí solos a abrevar en una corriente de agua que pasa por una dehesa contigua, asimismo suelta, y esto no de ahora sino de mucho tiempo atrás. Si, pues, se dice que los ganados van espontáneamente, en fuerza del instinto y del hábito, el hecho de abrevar se realiza sin intervención actual del hombre, esto es, sin que el demandante tenga que estar día por día llevándolos al abrevadero. Sucede aquí lo propio que en la servidumbre de aguas-lluvias, en la cual hay un hecho del hombre, indudablemente: el techo. Pero construído éste, la servidumbre no deja de ser continua por razón de la intermitencia de las lluvias. Demostrado que la servidumbre de abrevadero es continua, es necesario convenir en que puede ganarse por prescripción..."

Aunque los nombrados autores citan la servidumbre de abrevadero como ejemplo clásico de servidumbre discontinua, y aunque alguno de ellos, don Joaquín Escriche, en cuyas obras se inspiró el señor Bello, lo mismo que en las de Pothier, Savigny, Goyena y otros, llega hasta afirmar que esa servidumbre es esencialmente discontinua, cree la corte que este carácter es de la naturaleza pero no de la esencia de tal figura.

De ordinario, casi pudiera decirse siempre, la servidumbre de abrevadero es discontinua, porque consiste en dar de beber al ganado conduciéndolo de un fundo a otro fundo. Generalmente conlleva la de tránsito. Se supone que hallándose el bebedero en el predio sirviente y los ganados en el dominante, es lo natural que éstos sean conducidos o llamados en ciertas horas del día, de su dehesa a la fuente y de la fuente a su dehesa.

He aquí el hecho actual del hombre, ejecutado por el pastor que arrea, o facilita o permite o vigila el acceso de los ganados.

Ejercítase la servidumbre conduciendo los ganados a la fuente y volviendo con ellos al lugar donde pastan, o dejándolos ir y haciéndolos regresar. Si se los deja libres, guiados por su instinto y hábito, como dice el actor, la servidumbre de abrevadero puede convertirse en la de pasto. Los animales no desean alejarse del agua. Para todo hato constituye ésta un señuelo. En su clásico tratado habla Pardessus del propietario que estipula el derecho de "conducir sus ganados al abrevadero". (Pecoris ad aquam adpulsus).

Excepcionalmente pudiera ser continua la servidumbre del abrevadero, porque no exigiese la accesoria de tránsito ni requiriese el hecho actual del hombre. Ejemplo: los ganados de un predio, sin necesidad de caminar por el otro predio, beben espontáneamente de un agua que, perteneciendo al servil, corre o se halla en éste y a linde con el dominante.

El caso de autos está dentro de la norma general, no en la excepción.

El bebedero se halla en "El Bermejal". Los ganados de "Mulaló" han de ser conducidos por aquella finca para arrimarse a beber. Luego el uso del agua exige la servidumbre de tránsito. Si en largos años no hubo necesidad de arrear los ganados para que bebiesen, débese ello a la circunstancia anormal de que por no hallarse cercados los predios, por ser "sueltos" como dice el actor, Zamorano y sus condóminos toleraban que pacieran y bebieran en "El Bermejal". Por donde se ve que la continuidad de ejercicio obedecía a mera tolerancia. Hecho el cerramiento en la finca que toleraba el bebedero espontáneo, cerramiento que comprende una zona endonde está la fuente, se vio con claridad cómo era necesario, para que continuara el servicio, un hecho actual del hombre que abrevara los animales conduciéndolos a intervalos desde una finca hasta el bebedero de la otra. Compréndese que la continuidad fue una ilusión.

Si se alegara que cabalmente debido a esa circunstancia anormal, la falta de cerramiento, puede decirse que durante largos años fue continua la servidumbre de abrevadero, esto es que se halló en la excepción y no en la regla, bastaría observar que la mera tolerancia de Zamorano y sus condueños, dejar que bebieran los animales de Lenis Alvear, y la omisión de un acto suyo de mera facultad, hacer el cerramiento, no confirieron al último posesión ni le dieron base para usucapir.

Dice el artículo 2232 del código francés:

"Los actos de pura facultad y los de simple tolerancia no pueden fundar ni posesión ni prescripción".

Este precepto, difícil de comprender en los términos en que está concebido, fue ampliado así por el 2520 del código colombiano:

"La omisión de actos de mera facultad, y la mera tolerancia de actos de que no resulta gravamen, no confieren posesión, ni dan fundamento a prescripción alguna".

"Así, el que durante muchos años dejó de edificar en un terreno suyo, no por eso confiere a su vecino el derecho de impedirle que edifique".

"Del mismo modo, el que tolera que el ganado de su vecino transite por sus tierras eriales, o paste en ellas, no por eso se impone la servidumbre de este tránsito o pasto".

"Se llaman actos de mera facultad los que cada cual puede ejecutar en lo suyo, sin necesidad de consentimiento de otro".

Para el negocio en estudio pudieran reemplazarse los dos ejemplos del artículo 2520, por estos otros:

"Así, el que durante muchos años dejó de cercar un terreno suyo, no por eso confiere a su vecino el derecho de impedirle que cerque".

"Del mismo modo, el que tolera que el ganado de su vecino transite por sus tierras eriales, o beba en ellas, no por eso se impone la servidumbre de este tránsito o abrevadero".

Aun cuando los dictámenes periciales no han sido materia del debate, se hace constar que dos de los peritos dicen que si es verdad que en la parte alta de la finca del actor no hay ningún abrevadero, también lo es que la parte baja sí está provista de agua. El perito tercero hace este resumen: "En las lomas, en la parte alta, en las que corresponden a la dehesa de Mulaló, en donde tiene su propiedad el señor Angel María Lenis Alvear, no hay abrevadero, pero en la misma dehesa, en la parte baja, a unas diez cuadras de la casa del citado Lenis Alvear, nace una fuente de agua, con la cual puede atenderse perfectamente a las necesidades de esa finca y la de los animales de esa misma propiedad. El abrevadero que hay en las lomas, en la parte alta, corresponde a la dehesa de 'Bermejal', o sea a la propiedad de don Gustavo Zamorano".

Procédese al estudio de las causales alegadas por el recurrente:

1ª—El tribunal no ha incidido en error de hecho al estimar las pruebas del demandante. No ha negado que los títulos acompañados a su demanda lo acrediten dueño del supuesto predio dominante. Siendo discontinua la servidumbre de abrevadero que se reclama, nada importa que los ganados del actor bebieran en la finca del reo y transitaran por ella siguiendo determinada senda. Nada significa que Zamorano confesara haber ejercido el derecho de cercar su fundo. Nada que en la parte alta de la finca de Lenis Alvear no haya abrevadero. En consecuencia, no han sido violados, por falta de aplicación, los artículos 881, 882, 885, 937 y 941 del código civil y 9º de la ley 95 de 1890.

2ª—No ha habido error de hecho en la apreciación de los testimonios rendidos por Sánchez y Orejuela. Si ellos inspiraron al tribunal el párrafo en que aplica la doctrina del artículo 2520 del código civil, bien estuvo esa inspiración que llevó al fallador a situar el caso en un campo rigurosamente jurídico. La sola enunciación del acto de mera facultad que Zamorano omitió, hacer el cerramiento de su predio, y la de los actos que meramente toleró, permitir que los ganados de Lenis Alvear transitaran por su finca y allí bebieran, demuestran que de ellos no podía resultar gravamen por el trancurso del tiempo. No confirieron posesión ni dieron fundamento a prescripción alguna. El fallador no erró al apreciar los testimonios presentados por una y otra parte, con los cuales se establece la omisión de un acto de mera facultad y la mera tolerancia de actos discontinuos de que no resulta servidumbre. La conducta de Zamorano fue la de un buen vecino. El que sufre estos actos no los tolera sino a título de concesión precaria, y se reserva el derecho de reprimirlos cuando le plazca. No fundan una posesión idónea para usucapir. Si la ley dijera otra cosa, cada propietario tendría que oponerse a los más leves desmanes de sus vecinos, por miedo de que fundaran prescripción, y así las relaciones de vecindad, que el legislador debe fomentar, se mantendrían turbadas. En consecuencia, no ha sido violado, por aplicación indebida, el artículo 2520 del código civil.

3ª—Es verdad que el tribunal confundió la servidumbre de abrevadero con la de tránsito. Pero esta confusión no incidió en la parte resolutiva, porque distinguiéndolas, como deben distinguirse, o viendo en las dos una sola, es lo cierto que la prescripción no es medio de adquirirlas o adquirirla, porque falta el requisito de la continuidad. Es verdad que se puede adquirir y perder por la prescripción un modo particular de ejercer la servidumbre, de la misma manera que podría adquirirse o perderse la servidumbre misma. Como aquí la servidumbre-medio es tan discontinua como la servidumbre-fin, no es dable afirmar que sean prescriptibles. En consecuencia, no fue violado, por falta de aplicación, el artículo 945 del código civil.

4ª y 5ª—Es verdad que la corte, en fallo de 11 de junio de 1935, publicado en los números 1905 y 1906 de GACETA JUDICIAL, fallo en que salvó su voto el magistrado a quien corresponde la ponencia en la presente resolución, admitió la cesibilidad y prescriptibilidad del derecho real sui generis de riberanía; pero esa doctrina no procede en el presente negocio que se estudia, porque ella exige actos de verdadera posesión, es decir, actos humanos y significativos, con ánimo de dueño, en esencia diferentes de los aducidos por el actor, quien alega que sus animales han ido espontáneamente de la dehesa a la fuente y de la fuente a la dehesa, lo cual no caracteriza una posesión cierta y constante como base de prescripción adquisitiva. Por tanto, aunque el sentenciador hubiese visto en el libelo la súplica del derecho real sui generis de riberanía y no la de una servidumbre de abrevadero, su fallo habría sido también absolutorio por falta de posesión en el actor. En consecuencia, no han sido violados los artículos 892, 893, 2531 y 2532 del código civil, directamente o por error de hecho o de derecho en la interpretación de la demanda, ni por indebida aplicación el 9º de la ley 95 de 1890.

Se ha partido de la base de que las tierras de "El Bermejal" son eriales en su parte alta, no sólo porque así las considera el tribunal cuando invoca el artículo 2520 del código civil, sin rectificación en contrario del recurrente, sino también porque las circunstancias de no haber sido encerradas, o estar "sueltas" por más de treinta años, indicio es de no ser cultivadas o labradas, es decir, de que sus pastos son naturales. Pero aún admitiendo que sean artificiales, no es jurídico hablar de prescripción sino más bien de un consentimiento tácito de buena vecindad, en virtud del cual, por la falta de cercas, los vecinos aceptan que sus animales pasen libremente de unos predios a otros. "Si la ley hubiera atribuído a estas relaciones de buena vecindad el germen de una prescripción, dice Demolombe, ella habría hecho a la propiedad, desconfiada, egoísta, intratable. Y lo que ella quiere, al

contrario, es civilizarla, hacerla sociable y humana; llevar a todas estas relaciones de vecindad, la paz, la armonía, la tolerancia recíproca, y los buenos oficios. Y hé aquí por qué ella ha asegurado a los propietarios, declarándoles que esta tolerancia y estos buenos oficios no llegarían a ser entre ellos la causa de una servidumbre pasiva".

Se hace constar, como remate de esta sentencia, que el testigo Benigno Sánchez declara en estos términos:

"Al punto c).—Es cierto, sé y me consta, por haberlo visto, que los ganados que el señor Angel María Lenis A. tiene en soltura en el municipio de Yumbo, en los terrenos de Mulaló, lugar éste donde tiene su propiedad, pastan en distintos sitios del territorio municipal, andan por el camino público o carreteras y encuentran bebederos en distintas partes".

El testigo Sergio Orejuela rinde una declaración como la anterior, con la eliminación de las palabras: "en los terrenos de Mulaló, lugar éste donde tiene su propiedad".

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 casa la sentencia proferida en este juicio por el tribunal de Cali, con fecha 26 de noviembre de 1934.

Se condena en costas al recurrente.

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, Emilio Prieto Hernández, Srio. int.

RESOLUCION DE UN CONTRATO DE COMPRA VENTA.—INTERPRETACION DE LA DEMANDA.—INDEMNIZACION DE PERJUICIOS COMO CONSECUENCIA DE LA RESOLUCION DEL CONTRATO.—RESTITUCION DE FRUTOS

La demanda debe interpretarse siempre en conjunto, porque la intención del actor está muchas veces contenida no sólo en la parte petitoria, sino también en los fundamentos de hecho y de derecho. 2.—La resolución de un contrato siempre lleva anexa la indemnización de perjuicios, según se ve, en general, en el artículo 1546 del C. C. y para la compraventa, en el artículo 1930 del mismo, sea que el vendedor opte por el cumplimiento del pacto o por la resolución de él. 3.—La restitución de frutos no entra en el concepto de perjuicios, sino que, causando la resolución de un pacto un efecto retroactivo, es decir, retrotrayéndose las cosas, en virtud del efecto o fenómeno resolutorio a la fecha del contrato, el comprador vencido debe volver las cosas con todo lo que ellas han producido, lo cual comprende los frutos naturales y civiles. La restitución de frutos de que habla el art. 1932 del C. C. es cosa independiente de los perjuicios a que se refieren los arts. 1546 y 1930 del mismo. Cuando al declararse la resolución de un contrato de permuta o de venta, por no haberse pagado el precio, se condena al demandado al resarcimiento de perjuicios y a la restitución de frutos, no debe entenderse que se le condena dos veces a pagar la misma cosa: el lucro cesante. 4. Las disposiciones de los artículos 764, 769 y 768 del C. C. no son aplicables cuando se trata de la resolución de un contrato, porque para el efecto de la restitución de los frutos no puede considerarse si el comprador vencido ha sido de buena o de mala fe, sino el efecto retroactivo de la resolución.

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

(Magistrado ponente: Dr. Liborio Escallón)

Según consta de la escritura pública número cuatrocientos treinta y nueve, de catorce de noviembre de mil novecientos veintiséis, otorgada ante el notario principal de Toca, Manuel Rojas Patiño trasfirió, a título de venta, a Fructuoso Garrido V., por la cantidad de dos mil pesos los gananciales que le correspondieron en la sociedad conyugal habida con su primera esposa, Zoila Caro, y vinculados en los inmuebles determinados en el referido instrumento. El carácter de subrogatario de esos gananciales fue reconocido al comprador Garrido V., por el juez segundo del Circuito de Tunja. Muerto el vendedor Manuel Rojas Patiño, sus sucesores Juan y Abraham Rojas iniciaron contra Garrido V. juicio de resolución del contrato de compraventa, por incumplimiento en el comprador y sobre otros extremos.

El juez segundo del circuito de Tunja absolvió al demandado, pero el Tribunal Superior del distrito judicial de Tunja, en sentencia de trece de febrero de mil novecientos treinta y cinco, revocó la del inferior y declaró resuelto el contrato que consta en la escritura cuatrocientos treinta y nueve precitada, condenó a Garrido a indemnizar a los representantes legales de Manuel Rojas Patiño los perjuicios provenientes de la resolución demandada; declaró que los representantes legales de Rojas Patiño tienen derecho a que se restituyan los frutos naturales y civiles producidos por los bienes materia del contrato resuelto desde la fecha en que Fructuoso Garrido entró a poseer tales bienes, ordenó que los perjuicios y los frutos fueran estimados en juicio separado de acuerdo con la ley y condenó al demandado a pagar las costas del juicio en primera instancia.

Sentencia acusada

El demandado interpuso recurso de casación contra tal fallo, recurso que pasa a decidirse.

Sobre el concepto de que los demandantes instauraron acción en representación de su causante Manuel Rojas Patiño y sobre la base de que se comprobó en el proceso que el demandado no cumplió con las obligaciones impuestas en el contrato cuya resolución se demanda, el Tribunal, por aplicación de los artículos 1546, 1930, 1932 del C. C. y 575, ordinal 1º, del C. J., hizo las condenaciones ya relacionadas.

El extremo de hecho, o sea el incumplimiento del contrato y la apreciación de las pruebas sobre el particular, no han sido atacados en casación y, están por lo tanto fuéra del debate.

Alega el recurrente, en primer término, la causal primera del artículo 520 del C. J., por ser el fallo, según él, violatorio de disposiciones sustantivas, las cuales estima el recurrente se infringieron así: Los artículos 1013 y 757 del C. C., por aplicación indebida al caso del pleito; el artículo 765, también del C. C., por haber sido quebrantado directamente, por no haberse aplicado al caso del pleito; el artículo 1401 ibídem, por la misma razón e indirectamente y por aplicación indebida la sentencia acusada violó los artículos 1546, 1930 y 1932 de la obra citada.

La acusación por estos cuatro primeros motivos debe estudiarse en conjunto, pues está dominada por el siguiente aserto expresado por el recurrente y que dice así: "Colígese, por lo tanto, de conformidad con los preceptos acotados, que los dichos Rojas como herederos de su padre lo que tienen es el dominio de la universalidad de los bienes de la herencia, pero no la propiedad singular de ella ni el derecho que implica la acción resolutoria. Por tanto, no pudiendo jurídicamente pedir en su nombre y para sí la resolución del contrato, la sentencia aplicó indebidamente los artículos referidos (1013 y 757 del C. C.), como que decretó esa resolución no para la herencia sino para quienes la pidieron: En otros términos, estima el recurrente que los actores pidieron en nombre propio, lo cual no podían hacer, y que su petición ha debido ser hecha en nombre y para la sucesión de su causante.

La Corte observa:

Entre los hechos fundamentales de la demanda se encuentran los marcados con los números 3º y 6º, que por su importancia para este caso se copian en seguida: "3º Los señores Juan y Abraham Rojas fueron declarados herederos del causante Manuel Rojas Patiño en su condición de hijos legítimos, por auto de diez y nueve de noviembre del año retropróximo, proferido por el señor juez 2º del circuito de este lugar"...6º Que Abraham y Juan Rojas son los representantes del causante, o por mejor decir, son los continuadores de sus derechos y obligaciones trasmisibles.

Una demanda debe interpretarse siempre en conjunto, porque la intención del actor no está muchas veces contenida no sólo en la parte petitoria, sino también en los fundamentos de hecho y de derecho. No existe en nuestra legislación procedimental un sistema rígido o sacramental que obligue al demandante a señalar en determinada parte de la demanda o con fórmulas especiales su intención, sino que basta que ella aparezca claramente del libelo, ya de una manera directa o expresa, ya por una interpretación lógica basada en todo el conjunto de la demanda.

En el caso presente es cierto que los demandantes Rojas no expresan al principio de su demanda que piden en nombre y para la sucesión de su causante, pero sí aducen como fundamentales los hechos 3º y 6º, que tienen o debieron tener alguna finalidad y de ellos se concluye que alegan la calidad de sucesores de su causante y en representación de éste.

Se tiene entonces que no sólo por vía de interpretación, que es obvia y trivial en este caso, sino por lo que expresamente se lee en la demanda y aparece de ella, los demandantes no han demandado en nombre propio, sino en representación de su causante Manuel Rojas Patiño y siendo así demandaron para la sucesión de éste, como lo interpreta el Tribunal fallador, de donde resulta que los cargos hechos a la sentencia en los cuatro motivos primeros del recurso son infundados.

Además, el hecho de ejercitarse la acción resolutoria está mostrando que el reconocimiento de la acción ha de aprovechar al vendedor, que fue el causante de los actores y en ese sentido ha de interpretarse el libelo formulado, a mayor abundamiento, en forma impersonal que no excluye la representación con que se estima ejercitada la acción.

Acusa el recurrente, en el 5º motivo, la sentencia por haber quebrantado, por aplicación indebida, los artículos 1546, 1930 y 1932 y 1614 del C. C. y funda así su acusación: el ordinal 2º de la parte resolutiva obliga a indemnizar los perjuicios provenientes de la resolución declarada y el ordinal 3º a restituir los frutos naturales y civiles producidos por los bienes materia del contrato, desde la fecha en que Fructuoso Garrido entró a poseerlos. La indemnización de perjuicios de que tratan los artículos 1546 y 1930 del C. C. no comprenden ni pueden comprender cosa distinta del daño emergente y del lucro cesante, a que se contrae el artículo 1614 en relación con el 1613 ibídem. Si el daño emergente es la pérdida por falta del cumplimiento del contrato, y el lucro cesante la ganancia o provecho no es sino los frutos de que el vendedor quedó privado desde que el comprador entró en posesión de la cosa vendida. Se sigue de aquí que al condenar la sentencia a pagar los perjuicios y al mismo tiempo los frutos naturales y civiles, condenó dos veces a pagar los últimos.

La Corte observa:

La resolución de un contrato siempre lleva anexa la indemnización de perjuicios, según se ve, en general en el artículo 1546 del C. C. y para el de compraventa, en el artículo 1930 del mismo, sea que el vendedor opte por el cumplimiento del pacto o por la resolución de él, indemnización que comprende los dos factores que integran el concepto de perjuicios, o sea el lucro cesante y el daño emergente, al tenor de los artículos 1613 y 1614 de esa obra.

Pero la restitución de los frutos que hayan producido el bien o bienes materia del contrato resuelto, no entra en el concepto de perjuicios, sino que, causando la resolución de un pacto un efecto retroactivo, es decir, retrotrayéndose las cosas, en virtud del efecto o fenómeno resolutorio a la fecha del contrato, el comprador vencido debe devolver las cosas con todo lo que ellas han producido, lo cual comprende los frutos naturales y civiles.

El artículo 1932 del C. C. consagra una disposición especial para el caso, y por eso habla de la restitución de frutos como cosa independiente de los perjuicios a que se refieren los artículos 1546 y 1930 del mismo. Y así tienen que ser las cosas, porque de lo contrario, no estando cobijada la noción de frutos por la de perjuicios, en la indemnización de éstos no cabría la del cómputo de los frutos, los cuales se devuelven por el concepto de restitución, y de no ser así las cosas, el fenómeno resolutorio quedaría incompleto y habría hasta un enriquecimiento sin causa a favor del comprador y en contra del vendedor.

Es ésta la doctrina que ha seguido siempre la Corte, fundándose en sólidas razones, y por eso en varias sentencias, entre otras en la de casación del 23 de marzo de 1918, dijo lo que sigue: "Cuando al declararse la resolución de un contrato de permuta o de venta, por no haberse pagado el precio, se condena al demandado al resarcimiento de perjuicios y a la restitución de frutos, no debe entenderse que se le condena dos veces a pagar la misma cosa: el lucro cesante".

La condenación doble a que se refiere el recurrente podría tener lugar por error o equivocación de los peritos, si éstos, además de avaluar como cosa separada el valor de los frutos que debe restituir el comprador, los incluyeran además en el valor del lucro cesante, pero esto dependería entonces de una falsa apreciación o de un error de los peritos no imputable a la sentencia recurrida, y para evitar cualquier probable error, la Corte ha querido hacer la distinción entre frutos y perjuicios.

Siendo así las cosas, el cargo que se estudia no es fundado y vale la pena observar, en pro de lo anterior, que si se consideran los frutos incluidos dentro de los perjuicios, cuando no se comprobara la existencia de éstos no habría lugar a la restitución de los frutos, lo cual es un extremo inadmisible desde todo punto de vista.

Respecto del sexto motivo aducido por el recurrente, la Corte observa:

Las disposiciones de los artículos 764, 769 y 768 del C. C. no son aplicables cuando se trata de la resolución de un contrato, porque para el efecto de la restitución de los frutos no puede considerarse si el comprador vencido ha sido de buena o de mala fe, sino al efecto retroactivo de la resolución, el cual coloca las cosas en el mismo momento en que se celebró el contrato resuelto, o sea, se reputa que las cosas vendidas no salieron del dominio del vendedor y entonces, como no han salido, le corresponden o pertenecen los frutos de ella y de ahí que el comprador esté obligado a restituírselos. Los efectos pueden ser los mismos que los que se producen respecto del poseedor vencido de mala fe, pero por otra causa, o sea por la naturaleza de la acción resolutoria. Por eso en sentencia de casación de veinticinco de junio de 1929 la Corte sostuvo que cuando se resuelve la compraventa por no haber sido pagada ninguna parte del precio, el comprador debe restituir todos los frutos percibidos desde que entró a gozar de la cosa y que el legislador, guiado por el carácter conmutativo del contrato de compraventa, estableció en el artículo 1932 del C. C. una especie de compensación entre los rendimientos del precio y los frutos de la cosa vendida, ya que no obliga a restituir éstos sino en la proporción de la parte del precio que no hubiere sido cubierto.

De modo, pues, que no hubo error de hecho evidente en la apreciación de la escritura 439 mencionada en este fallo y con lo cual se hubieran violado los artículos citados en este capítulo, por lo ya expuesto y repite la Corte que operando la resolución de un contrato de compraventa retroactivamente a la fecha de su celebración, es por el efecto de esta retroactividad que el comprador que no cumplió debe restituir los frutos y no por el concepto de buena o mala fe, que no juega papel para los efectos de la restitución.

El cargo, pues, no es fundado.

Acusa el recurrente la sentencia por la causal segunda y expone dos motivos. Es el primero el de incongruencia, y al respecto dice así: "Siendo así que éstos (los deman-

dantes) pidieron en nombre propio la sentencia no podía fallar en favor de la sucesión". Al estudiar los cuatro primeros motivos de casación la Corte concluyó que los actores demandaron para la sucesión y no existe, además, a juicio de la Corte, ninguna oposición entre el numeral primero y el segundo de la sentencia acusada, pues en el primero se hace la declaratoria de resolución del contrato y en el segundo se hace la condenación por perjuicios a favor de los representantes legales de la sucesión, como consecuencia de la declaratoria de resolución.

Es el segundo motivo, el que los actores no pidieron para que el demandado fuera condenado al pago de los frutos y no obstante el sentenciador hizo esa condenación.

La Corte observa:

Los demandados iniciaron la acción resolutoria; ésta no es completa sino en cuanto, cuando prospera, además de la resolución impetrada se condena en los perjuicios demandados y a la restitución de los frutos, como anexos, per se, al ejercicio de la acción resolutoria; de modo que esta última condenación siempre procede, aunque no se demande expresamente, cuando prospera la acción resolutoria.

Los dos motivos, pues, alegados por el recurrente y emanados de la segunda causal de casación no son, pues, fundados.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia recurrida. Las costas del recurso son del recurrente.

Notifíquese, cópiese, publíquese, insértese en la Gaceta y devuélvase al Tribunal de su origen.

Antonio Rocha, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J., Eduardo Zuleta Angel, Juan Francisco Mújica. Emilio Prieto Hernández, Srio. int.

DESISTENCIA DEL PLEITO

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Civil.—Bogotá, enero veintiocho de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente, Dr. Miguel Moreno Jaramillo)

Amelia Posada v. de Salcedo, en su nombre y en ejercicio de la patria potestad que ejercía sobre la menor Marta Herminia Salcedo, demandó a Víctor Manuel González para que fueran declarados nulos, por simulación los contratos de compraventa en que fueron partes Antonio Salcedo Prieto, como vendedor, y Víctor Manuel González, como comprador, según consta en las escrituras Nos. 32 y 51, de 9 y 11 de enero de 1933, respectivamente, otorgadas en la notaría 2ª de Bogotá. Subsidiariamente solicitó se decretara la resolución de esos contratos, por no pago de los precios, y en uno y otro evento, la declaración de que los inmuebles vendidos pertenecen y deben restituirse a la sucesión de Antonio Salcedo Prieto.

El tribunal de Bogotá, en sentencia de 30 de marzo de 1936, admitió la excepción de ilegitimidad sustantiva de la personería en cuanto se refiere a la calidad en que demandó personalmente Amelia Posada v. de Salcedo, y en consecuencia, absolvió al demandado de los cargos que aquélla le formuló en su nombre; rechazó la misma excepción en cuanto a la calidad de heredera con que obró la menor Marta Herminia Salcedo; se negó a declarar nulos por simulación los contratos demandados; declaró resueltos dichos contratos, por no pago de los precios correspondientes; decidió que los inmuebles vendidos pertenecen a la sucesión de Salcedo Prieto, y condenó a González a restituírlos a dicha sucesión.

Contra la sentencia del tribunal de Bogotá interpuso recurso de casación el demandado González.

Ya en la corte el negocio, Amelia Posada v. de Salcedo y Marta Herminia Salcedo, que ha llegado a la mayor edad, presentaron ante esta corporación un memorial en que desisten "pura y simplemente de la demanda y por consiguiente de la acción, debiendo, como consecuencia, quedar insubsistente el recurso de casación y repuestas las cosas al estado que tenían antes de la demanda, pero sin que se pueda instaurar nuevamente en forma alguna...." Piden las demandantes que se admita el desistimiento, se ordene la cancelación del regis-

tro de la demanda y se devuelva el expediente al tribunal de su origen.

El demandado recurrente coadyuvó la solicitud de desistimiento, por lo cual debe quedar insubsistente su recurso de casación.

A 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, vistos los artículos 461 y 462 del código judicial,

r e s u e l v e :

1º—Admítese el desistimiento puro y simple que de la demanda y de la acción hacen las actoras Amelia Posada v. de Salcedo y Marta Herminia Salcedo Posada, en solicitud presentada personalmente por ellas el 23 de enero de 1937 y coadyuvada por el demandado recurrente.

2º—Repónense las cosas al estado que tenían antes de ser intentada la demanda, la cual no podrá ser propuesta nuevamente en forma alguna por la misma parte que desiste.

3º—Declárase insubsistente el recurso de casación interpuesto por Víctor Manuel González contra la sentencia dictada en este juicio, con fecha 30 de marzo de 1936, por el tribunal superior de Bogotá.

4º—El registrador de instrumentos públicos y privados de este círculo procederá a cancelar la inscripción de la demanda, mediante oficio que al efecto le dirigirá el juez de primera instancia.

5º—Devuélvase el expediente al tribunal de Bogotá, para que dicha entidad lo envíe al juzgado de origen, en donde será archivado después que haya sido cumplida la orden de cancelación del registro.

Publíquese, notifíquese e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Antonio Rocha, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J., Eduardo Zuleta Angel.—El conjuez, Alberto Suárez Murillo.—Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

RECURSO DE REVISION Y COSA JUZGADA

1.—Por razón de orden social, la de que los litigios no han de reproducirse indefinidamente, ha ordenado el código que la sentencia firme en materia contenciosa haga estado entre los contendores y anule cualquiera decisión posterior que le sea contraria, pronunciada en el mismo asunto y entre las mismas partes. Finge que esa sentencia expresa la verdad. Por ello su fuerza y autoridad son irrefragables. Prevalece aun sobre la ley. Es la COSA JUZGADA. 2.—Pero la ejecutoria no se opone a que pueda ventilarse en juicio ordinario un asunto fallado en juicio especial, cuando así lo disponga la ley; ni está al abrigo del recurso extraordinario conocido bajo el nombre de REVISION. 3.—El remedio de la revisión no equivale a una tercera instancia y está enderezado a levantar el sello de la cosa juzgada. Admitido para casos excepcionales, los enumerados por la ley son contadísimos. 4.—Puede revisarse una sentencia proferida por la corte suprema o por un tribunal superior, en los cuatro casos taxativamente enumerados por el artículo 542 del código judicial. Nada más que en ellos.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo civil.—Bogotá, febrero cuatro de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente, Dr. Miguel Moreno Jaramillo)

CAPITULO I

Israel Tapasco, Manuel Ascensio Vargas, José de Jesús Fernández y los Guerreros, Inocencio, Benito y Emilio, diciéndose todos seis miembros del pequeño cabildo de la Parcialidad de Indígenas de Cañamomo y Lomaprieta, radicada en los distritos de Supía y Riosucio, en el departamento de Caldas, promovieron en el año de 1925 acción de dominio contra Celedonio Gómez H., para que éste fuese obligado a restituírle a la entidad demandante un inmueble que se halla en el paraje denominado La Rueda, en el distrito primeramente aludido.

Por sentencia fechada el 8 de julio de 1929, el juez de Riosucio absolvió al demandado de todos los cargos que le fueron formulados en la demanda.

El tribunal de Manizales revocó el fallo del juez y por sentencia fechada el 18 de febrero de 1931 hizo en favor de la comunidad demandante las declaraciones de propiedad de la cosa, restitución de la misma, y pago de frutos. En otros puntos accesorios absolvió al demandado y declaró además inadmisibles las excepciones que éste propuso.

La corte suprema de justicia, en sala de casación en lo civil, dictó el 30 de agosto de 1933 un fallo por el cual casó la sentencia del tribunal y en su lugar confirmó la del juez.

Dijo la corte:

"El tribunal no tomó la copia de la diligencia de posesión dada a la parcialidad demandante el año de 1722 como título de dominio, porque dijo que éste lo constituía la ley general que reconoció a los resguardos de indígenas el dominio de ellos. Tomó el sentenciador la copia de dicha diligencia como prueba de la posesión inmemorial de dicha parcialidad sobre el terreno disputado".

"Ahora, cualquiera que sea el valor probatorio de dicha copia, no era suficiente para ordenar la reivindicación demandada, porque no pudiendo ser la ley general el título inmediato de dominio de la parcialidad demandante debido a que no se determinaron en ella los inmuebles para cada caso, el actor debió presentar ese título inmediato del terreno de que se trata. Y no habiéndolo presentado, se encontraba en el caso del artículo 12 de la ley 89 de 1890, disposición según la cual para que sea admisible la prueba de la posesión judicial que sirva para reconocer el derecho al resguardo, es preciso que se compruebe la pérdida fortuita o por maquinaciones dolosas de algunas personas, del título directo del resguardo. Y esta prueba no la adujo el demandante".

"Tampoco sería el caso de la posesión no disputada por el término de treinta años, porque este lapso debe contarse hacia atrás desde la posesión del demandado y comprobarse con el dicho de cinco testigos de notorio abono para que supla el título de los resguardos. El hecho de que la parcialidad demandante hubiera obtenido posesión en el año de 1722 no acredita que la conservara ciento cincuenta y seis años después, o sea en el año de 1878, en que el señor Fortunato Gallo compró el terreno disputado y entró en posesión de él, lo mismo que sus sucesores hasta llegar al demandado Gómez, según los títulos que éste ha presentado en el juicio".

"De modo que al estimar el tribunal que con la copia de la diligencia de posesión a favor del demandante del año de 1722 quedaba completo el título de dominio de los resguardos de Cañamomo y Lomaprieta, y era así procedente la acción reivindicatoria deducida por dicha parcialidad, incurrió en error de hecho y de derecho, violando con ellos el artículo 12 de la ley 89 de 1890 y también los artículos 946 y 950 del código civil, relativos a la reivindicación, y por ello debe casarse la sentencia, sin necesidad de considerar los demás cargos formulados en la demanda de casación".

"Para resolver en instancia basta observar que, si como queda dicho en la casación, los demandantes no han acreditado el dominio ni la posesión que han alegado, conforme a la ley, no es procedente la acción reivindicatoria ejercitada por ellos en el juicio, ni las demás que son consecuenciales de dicha acción, sobre entrega del terreno y frutos. Y no siendo procedente la acción no hay lugar a considerar las excepciones".

CAPITULO II

Por demanda fechada en Riosucio el 16 de julio de 1935, Emilio Guerrero, Jorge Enrique Guerrero R., Felipe Calaño y los Tapascos, Israel, José María y Rómulo, se dirigen a la corte en sala de casación en lo civil, para pedirle la revisión de la sentencia que ella pronunció en el juicio reivindicatorio propuesto por la parcialidad de indígenas de Cañamomo y Lomaprieta contra Celedonio Gómez H., y solicitan estas dos declaraciones:

1ª—La de que la sentencia proferida por el juez 1º del circuito de Riosucio no puede dejarse en pie, por ser nula, de nulidad absoluta, y

2ª—La de que el juicio es nulo desde que empezaron a actuar en él Ovidio Ospina, como juez, y Luis Cock, como personero municipal.

Dicen los demandantes que Ovidio Ospina no podía conocer del juicio, por ser hijo de Luis Felipe Ospina y nieto de Francisco Cenén Tascón y de Avelina de la Roche, personas todas tres que en sentir de los actores estaban interesadas en que Celedonio Gómez H. triunfara en el pleito, por cuanto Luis Felipe vendió al demandado y a otro el inmueble objeto de la demanda y por cuanto Francisco Cenén y Avelina fueron compradores y vendedores del mismo inmueble.

Dicen también los demandantes que Luis Cock no podía válidamente intervenir como personero municipal en el juicio, porque su padre, Fortunato Gallo o Cock, le vendió a Rudesindo Ospina la misma finca mencionada.

Los demandantes, entrando de nuevo en el problema discutido en el juicio de reivindicación, insisten en que la parcialidad ha demostrado ser dueña del inmueble que intentó reivindicar, y al efecto citan anti-

guas leyes de la Recopilación de Indias y de la Recopilación Granadina, presentan algún censo, alegan la descendencia de antiguos tributarios y aducen argumentos contra el fallo de primera instancia absolutorio del poseedor demandado.

Finalmente citan los artículos 37 y 43 del código civil, y 434, 435 y 448 del código judicial vigente, así como sus concordantes en las leyes procesales ya abolidas.

Por escrito fechado el 19 de julio de 1935, Israel Tapasco H., invocando el carácter de gobernador de la parcialidad de indígenas de Cañamomo y Lomaprieta, adiciona la demanda de revisión agregando nuevas razones contra el fallo de primera instancia y presentando "algunos documentos reveladores de los actos de violencia que se ejercieron con los indígenas en los años de 1905, 1906 y 1909".

CAPITULO III

La corte pidió el proceso al juzgado de Riosucio, y, una vez recibido en la secretaría, ordenó que de la demanda de revisión se diese traslado a quienes fuesen partes en el juicio y al señor procurador general de la nación, por ser demandante una parcialidad de indígenas, en la forma y términos prevenidos en vía ordinaria para el traslado de la demanda.

Corridos los traslados, el juicio fue abierto a prueba por quince días, dentro de los cuales ambas partes solicitaron las que quisieron, y luégo se les dio otros quince para que alegasen, y alegaron. Vencido este último término, la corte procede a sentenciar.

Considera:

Por razón de orden social, la de que los litigios no han de reproducirse indefinidamente, ha ordenado el código que la sentencia firme en materia contenciosa haga estado entre los contendores y anule cualquiera decisión posterior que le sea contraria, pronunciada en el mismo asunto y entre las mismas partes. Finge que esa sentencia expresa la verdad. Por ello su fuerza y autoridad son irrefragables. Prevalece aun sobre la ley. Es la cosa juzgada.

Pero la ejecutoria no se opone a que pueda ventilarse en juicio ordinario un asunto fallado en juicio especial, cuando así lo disponga la ley; ni está al abrigo del recurso extraordinario conocido bajo el nombre de revisión.

El remedio de la revisión no equivale a una tercera instancia y está enderezado a levantar el sello de la cosa juzgada. Admitido para casos excepcionales, los enumerados por la ley son contadísimos.

Puede revisarse una sentencia proferida por la corte suprema o por un tribunal superior, en los cuatro casos taxativamente enumerados por el artículo 542 del código judicial. Nada más que en ellos. Si la corte cree fundado el recurso, invalida el fallo objeto de la interposición y dicta en su lugar el que juzgue jurídico.

La parcialidad de indígenas de Cañamomo y Lomaprieta, aunque pide la revisión de la sentencia dictada por la corte en el juicio reivindicatorio contra Celedonio Gómez H., incurre en el error de solicitar la nulidad del juicio y la del fallo que le puso término en primera instancia.

Pero como estos pedimentos de nulidad, injurídicos de todo punto, no afectan la esencia de la demanda, cuya intención consiste en que sea revisado el fallo de la corte, procede analizar las causales propuestas por el recurrente.

Si el juez Ospina estaba impedido para conocer del juicio, ha podido recusársele oportunamente, pero ni de esto hubo necesidad, pues dicho funcionario declaró su impedimento, que no le fue aceptado por quien correspondía. Ningún alcance tiene en este recurso la intervención de Luis Cock desde la personería municipal, y no se ha establecido el parentesco que se alega, ni que él hubiera faltado a sus deberes oficiales. Ha pasado la oportunidad de hacer recusaciones. Los motivos en que pudieran fundarse no son tampoco causales de revisión, y aunque lo fueran, ellos no se han aducido contra la sentencia de la corte. Los demandantes confundieron esta pieza con el fallo de primera instancia.

Las disposiciones legales citadas son improcedentes.

En cuanto a las piezas sobre el dominio atribuído a la parcialidad, no se ha probado que durante el primer juicio hubieran sido detenidas por fuerza mayor o por obra de la parte favorecida.

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:

Declárase infundado el recurso de revisión propuesto.

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 ppdad.

ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS

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

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

El señor Bjarne Hofseth demandó en vía ordinaria a la Compañía de Cemento Portland Diamante, ambos domiciliados en Bogotá, para el pago de las prestaciones a que aquél sostiene tener derecho a cargo de ésta en razón del contrato de servicios celebrado entre los dos, y el Juzgado 7º de este Circuito condenó a menos de lo pedido, razón para apelar ambas partes de su fallo, el que el Tribunal confirmó en el de 30 de octubre último, contra el cual ambas interpusieron casación, recurso tramitado ya debidamente.

ANTECEDENTES

Hofseth, que trabajaba con dicha compañía de tiempo atrás, celebró con ella el contrato que expresa el documento privado de junio de 1932, suscrito por ella en Bogotá el día 14 y por él en Apulo el día 18, del que obra en autos, original, formando los folios 1 y 2 del cuaderno principal, uno de sus dos ejemplares. Allí se ve que él asumió la dirección general de la explotación de la mina o calizas, trabajada a la sazón por la compañía, para su fábrica de cemento La Naveta, de la hacienda de El Diamante, jurisdicción de Anapoima (cláusula 1ª), por sueldo mensual de $ 275 "oro colombiano acuñado de peso y ley actuales o su equivalente en moneda corriente", con derecho hasta $ 350, en caso de ensanche de la fabricación de cemento con el montaje de otro horno (cláusula 2ª); y que el sueldo subiría o bajaría proporcionalmente si por motivo del cambio de la moneda nacional el precio de venta del cemento subía o bajaba (cláusula 3ª).

Se establecen vacaciones de quince días anuales, no sin cortapisas sobre permitirlo el trabajo y de exigir éste, en su caso, la presencia de Hofseth (cláusula 4ª), y de cuatro meses cada cuatro años, con salvedades análogas y con fecha inicial, para este último asueto, del 1º de octubre de 1981, y medio sueldo entre tanto (en los cuatro meses) y $ 500 para viáticos, en "oro colombiano de peso y ley actuales o su equivalente en moneda corriente" (cláusula 5ª).

Las cláusulas 7ª y 10ª atienden a alimentos y habitación, a ciertos trabajos sobre aumento futuro de la explotación, a control de la gerencia y administración de la fábrica sobre jornales, sueldos, etc., y a indemnización sobre accidentes de trabajo y seguro en caso de muerte.

La cláusula 6ª es de este tenor: "Si la compañía llegare a retirar de sus servicios a Bjarne Hofseth antes de un año, a partir de la fecha de este convenio, le reconocerá quinientos pesos ($ 500) oro colombiano de peso y ley actuales o su equivalente en moneda corriente, y un sueldo de trescientos cincuenta pesos ($ 350) oro colombiano o su equivalente en moneda corriente, en vez de doscientos setenta y cinco pesos ($ 275) de que se habla en la cláusula segunda (2ª), y durante el tiempo que haya estado al servicio de la compañía, hasta el día de la suspensión. Si la suspensión tuviere lugar pasado el primer año de estar Hofseth al servicio de la compañía, no tendrá derecho al aumento de sueldo de que se habla en esta cláusula, y tan sólo le reconocerá los quinientos pesos ($ 500) para viáticos. Si el retiro es por determinación de Bjarne Hofseth no tendrá derecho ni al aumento de sueldo ni a los quinientos pesos ($ 500), aunque lo haga dentro del año estipulado en esta misma cláusula".

La cláusula 11ª dice: "Cualquiera de las partes queda obligada para con la otra a dar aviso con noventa días (90) de anticipación sobre la determinación de retiro, pues el término del presente contrato es indefinido".

La cláusula 12ª dice: "Para los efectos de las cláusulas cuarta y quinta, se conviene fijar como fecha de entrada de Hofseth al servicio de la compañía el día quince (15) de abril del presente año". Queda así resumido y en lo pertinente transcrito el documento citado de junio de 1932.

El 11 de abril de 1933, en carta fechada en Bogotá, dice la compañía a Hofseth: "Conforme lo avisé a usted verbalmente, me permito comunicarle que la junta directiva de la compañía, en su última reunión, resolvió que se le comunicara a usted que el contrato firmado entre usted y el gerente de la compañía en aquel tiempo no podría continuar en vigencia por ser muy oneroso para la compañía.

"Por mi parte tengo muy buena voluntad en continuar aprovechando sus buenos servicios en condiciones distintas a las estipuladas en el mencionado contrato, si usted está conforme en hacer un nuevo arreglo".

Este señor la contesta de Apulo el 14 de los mismos manifestando que le gustaría mucho seguir al servicio de la compañía, si se puede llegar a un arreglo satisfactorio para él, y preguntándole cuál es la fecha de cancelación del contrato, que le es satisfactorio, de manera que, mientras esté vigente, no quiere hacer otro arreglo.

La compañía le respondió el 19 de los mismos diciéndole o proponiéndole: "Si usted quiere hacer un arreglo ahora para el futuro, prescindir de una vez del contrato" y como el otro término del dilema: "Si usted no desea hacer nuevo arreglo desde ahora, dar por terminado su contrato al terminar el año para el cual fue contratado a partir del 15 de abril de 1932, fecha en que empieza a tener vacaciones remuneradas".

Estando ya Hofseth en Bogotá, responde al día siguiente (el 20 de dicho abril): "Como naturalmente yo nunca pensaba a prescindir de mi contrato, yo he tomado nota de que estoy retirado de su servicio desde el día de 15 de abril", y agrega: "Queda únicamente que usted me paga lo que me corresponde, según mi contrato. Estoy esperando a su cuenta aquí en Bogotá, hasta que recibo este pago, según mi cálculo, unos tres mil pesos". (Se ha copiado textualmente).

Entonces ocurrieron entre las partes las conferencias que son de suponerse y a más de ellas, sin duda, nuevas cartas, porque en la de 4 del subsiguiente mayo aducida por Hofseth (Cdno. ppl., fol. 8), reclama a la compañía la decisión de la junta directiva sobre la carta de él de 30 de abril con post data de 2 de ese mayo, a fin de saber él la decisión final de la empresa.

Vienen en seguida la carta del abogado de la compañía fechada el 5 de ese mayo, dirigida a Hofseth, y la del Cónsul de Noruega, de 11 del mismo mes, a la compañía, en que se advierte completa disparidad entre las dos partes, comenzando por la interpretación de la citada primera carta de 11 de abril, complementada por la del 19, en cuanto, si Hofseth ve en ella la notificación que la compañía le hace de la decisión de ésta de poner fin al contrato desde el 15 del propio mes, la compañía dice que la fijación de esta fecha es la del día en que debía empezar a contarse el desahucio.

El 30 de aquel mayo se repartió la demanda inicial del pleito, cuyas súplicas se resumen así: que se condene a la compañía a pagar a Hofseth con intereses corrientes desde el 15 de abril de 1933, más las costas del juicio, $ 3,932.50 oro legal acuñado colombiano o su equivalente en moneda corriente, cantidad ésta formada por las siguientes partidas:

a)	Por viáticos	$ 500.00
b)	Por aumento de sueldos	1,387.50
c)	Sueldo de tres meses de desahucio	1,050.00
d)	Sueldo en quince días de vacaciones	175.00
e)	Sueldo en un mes de vacaciones, en proporción a un año de servicio (eran 4 meses en 4 años)	300.00
f)	Aumento proporcional al precio del cemento	400.00
g)	Mejoras puestas por Hofseth en la casa de Apulo	120.00
	Suma	$ 3,932.50

La compañía contestó oponiéndose en un todo a las pretensiones del actor y afirmando que no sólo se guardó de retirar brusca y prematuramente a Hofseth, sino que le dio el aviso previo del caso con antipación sobrada, no habiéndose limitado a notificarle desahucio por medio de sus citadas cartas, sino habiéndose, además, extendido a avisos verbales anteriores, todo lo cual lo puso al corriente de los propósitos de ella y lo capacitó con tiempo sobrado para decidirse a continuar con ella sobre nuevas bases o conseguir trabajo distinto.

SENTENCIA RECURRIDA

El Juzgado sentenció el 19 de julio de 1934 condenando a la compañía a pagar a Hofseth en moneda corriente $ 2,292.50 sin interés, salvo sobre los $ 500 por viáticos, integrantes de ese total, para los cuales decretó intereses legales desde el 15 de abril de 1933. El Tribunal confirmó esa sentencia, apelada por ambas partes.

A ese total llega el fallo así: reconociendo los dichos $ 500 de viáticos (punto a); $ 742.50 (punto b) o sea los aumentos de sueldo, con la diferencia nacida de que computa desde el 18 de junio de 1932, en vez de 1º de octubre de 1931 a que llega el demandante, y $ 1,050 (punto c), por el trimestre de desahucio. En las peticiones restantes del libelo absolvió a la compañía. Sobre las dos últimas no ha habido insistencia ni las toca el recurso, por lo cual han quedado descartadas. Las otras dos,

referentes ambas (puntos d) y e) a vacaciones, sí son materia de reclamo.

Se hace desde luego esta discriminación para mayor claridad, pues para el presente capítulo de este fallo bastaría traer a cuento la condenación global hecha en la parte resolutiva del fallo recurrido.

EL RECURSO

Pasan a estudiarse los cargos formulados por una y otra de las partes litigantes, ambas recurrentes, relacionándolos en obsequio de la claridad con cada uno de los pedimentos de la demanda o, por mejor decir, con cada uno de los sumandos que forman el total demandado, prescindencia hecha de los dos finales, en razón de no haber reclamo acerca de ellos y no ser, por tanto, materia del presente recurso.

El primero de los cargos de la compañía es el de violación de los artículos 1541, 1542 y 1618, en relación con los artículos 1139, 1143 y 1155, todos del C. C., por no haberlos aplicado, y de los artículos 2009, 2050 y 2066 de la misma obra por haberlos aplicado indebidamente; la violación es indirecta y se produce, al decir del recurrente, por la errónea interpretación que el sentenciador dio al contrato y a las citadas cartas de 11 y 19 de abril.

De ahí deduce la compañía que debe pronunciarse su completa absolución.

Se explica así: el contrato no le impone las obligaciones que la demanda le exige sino en el evento de romperlo ella intempestivamente, y como esas cartas no lo rompen, sino que avisan con anticipación a Hofseth que se terminará en su día, no se produjo el caso de indemnizar.

El todo, pues, está en establecer el sentido y alcance de esas cartas.

Para ello considera la Corte:

La primera de esas cartas evoca un aviso verbal anterior dado por la compañía a Hofseth, sobre que el contrato no podrá continuar por serle a ella oneroso. Con este fin le dirige esa carta, formalizando así el aviso, no sin poner de presente desde el primer párrafo la intención de continuar con Hofseth, aprovechando sus buenos servicios, si éste accede a celebrar en condiciones distintas nuevo arreglo. En la segunda, con igual advertencia acerca de continuación con Hofseth, en ese evento, le plantea este dilema: si él accede a ese nuevo arreglo, se prescinde de una vez del contrato; si él no accede a nuevo arreglo, se da éste por terminado al terminar el año para el cual fue contratado Hofseth, año que comenzó —predica la carta— el 15 de abril de 1932.

La carta no habla de desahucio. Si siquiera se hubiera sugerido algo sobre éste, probable es que Hofseth hubiera preguntado en qué fecha comenzaban los noventa días señalados al efecto en la cláusula undécima, o algo por el estilo. Pero aquélla, a la frase que dice que si Hofseth no accede a nuevo arreglo se da por terminado el contrato al expirar el año para el cual fue aquél contratado, agrega, repítese, que éste comenzó el 15 de abril de 1932 y que ese día de 1933 es el en que empieza a tener vacaciones remuneradas.

Es de recordarse que esa carta de 19 de abril, que condensa y formula tales dos extremos o propuestas, las antecede del concepto de la compañía, aducido como considerando o base de su decisión, de que el contrato es indeterminado por contener cuatro plazos distintos.

Esta cifra es exagerada. El documento quedó firmado por ambas partes, como ya se vio, el 18 de junio de 1932. Por tanto, para el contrato en sí contiene exclusivamente esta fecha. Para las vacaciones, en las cláusulas que las establecen se señala como fecha inicial de los servicios de Hofseth (no del contrato) el 1º de octubre de 1931, fecha que al final del documento quedó cambiada por la de 15 de abril de 1932. Sobre plazo esto es todo lo que el documento contiene. Son, pues, en suma, dos: uno para el contrato, otro para las vacaciones. Y como las cartas no se encaminan a establecer ni a discutir nada sobre éstas, es claro que la pluralidad de fechas a que la compañía alude es algo inconducente en una carta relativa sólo a la terminación del contrato mismo.

La compañía, según consta en las pruebas pertinentes y según ella misma lo declara, aun dentro del proceso, estimando oneroso para ella el contrato, manifestó en época anterior a sus cartas su propósito de ponerle fin. Era, pues, para Hofseth un hecho sabido por boca de los representantes de ella esa voluntad. Con este antecedente inequívoco recibe él la carta de 11 de abril que, así las cosas, no podía menos de entender como una notificación de cesación de su contrato. Natural fue, por consiguiente, que partiendo de este supuesto preguntara cuál era la fecha respectiva. La compañía no se apresuró a corregir esa interpretación o supuesto de Hofseth, como de-

bió precisamente hacerlo si efectivamente el ánimo de ella hubiera sido el que a sí misma ahora se atribuye, sino que, compartiendo y confirmando implícitamente ese pensamiento de Hofseth, procede a responderle indicándole la fecha sobre la cual él la interroga, y así le dice: el 15 de abril de 1933.

Porque no otra cosa es decirle, como lo expresa la citada carta del 19, que si no accede a nuevo arreglo, el contrato terminará al vencerse un año contado desde el 15 de abril de 1932 y al agregar por más señas que ese día comenzaban sus vacaciones. Este detalle a la verdad innecesario y el rodeo de señalar el 15 de abril de 1933 por medio del 15 de abril de 1932, alarga las frases, pero no altera la fijación que en rigor fue como si con franqueza y sencillamente le hubiese dicho: Usted me pregunta cuál es la fecha de la terminación decidida por mí y yo le respondo que es el 15 de los corrientes. Esto que habría sido lo franco y lo neto, no deja de haber sido lo que dijo ella porque la expresión de su determinación la envolviera con las adiciones y rodeo ya anotados.

Así las cosas, el dilema aludido, esto es, el que en la carta del 19 planteó la compañía a Hofseth, fue en rigor de verdad éste: si usted no accede a nuevos arreglos, su contrato terminó el 15 de este mes (abril); pero si accede a nuevos arreglos, continuaré con usted en el pie que ellos establezcan para lo sucesivo.

Releyendo las mentadas cartas con la atención que es obligada, no sólo por ser elementos probatorios, sino por la decisiva trascendencia que tiene en relación con la razón misma del pleito, se halla que no contienen la más leve alusión al desahucio ni sugieren nada en relación con él. Y si esto por sí solo habría de bastar al respecto, cobra mayor significación al considerar, como ya se ha observado, que la carta de Hofseth de 14 de abril, en que pregunta sobre fecha, imponía que la respuesta corrigiera el concepto de él sobre terminación, si era errado. En otras palabras: si, a pesar de los deseos repetidamente comunicados a él por la compañía de hacer ella cesar un contrato oneroso, era a la verdad para abril de 1933 un propósito de ella comenzar entonces el desahucio de noventa días y no el terminar entonces mismo el concrato, al ver ella que esto último era lo que entendía Hofseth, debió corregirle el error y ponerle en claro que su ánimo de ella era señalar el 15 de abril de 1933 como fecha inicial del desahucio y no como fecha final del contrato.

Pero, lejos de proceder así, le contestó su pregunta sobre fecha de terminación del contrato en la forma tántas veces vista aquí, en la carta de 19 de ese mes, o sea: si no hay nuevo arreglo, esa fecha (la terminal del contrato), es el 15 de este mes. No puede ser otro el sentido de esa carta que, a mayor abundamiento, en lo pertinente se ha transcrito. Grandes e inteligentes esfuerzos ha hecho el abogado de la compañía para, defendiéndola de sí misma, lograr que en esas cartas se entrevea la idea de desahucio y el respeto de la compañía al consiguiente derecho de Hofseth; pero encalla ante el tenor literal de las mismas cartas que por sí sería suficiente y que se agrava si se tiene en cuenta la anterior y reiterada manifestación del deseo de poner fin la compañía a un contrato reputado por ella oneroso.

Si, pues, el Tribunal, para confirmar la sentencia del Juzgado a quo, interpretó el contrato y las cartas en forma que la Corte no halla desacertada, no puede prosperar el primer cargo de la compañía recurrente, consistente en la violación de las antedichas disposiciones sustantivas, a virtud de esa interpretación calificada por el recurrente de errónea.

Se rechaza el cargo.

El segundo cargo del mismo recurrente consiste en errónea apreciación de las pruebas relativas a haberse venido de Apulo el señor Hofseth en forma que indica o comprueba el propósito de él de poner fin al contrato, con anterioridad (por lo mismo con independencia), a las cartas de la compañía, y consiguiente violación de los arts. 1541, 1542, 1602 y 2050 del C. C., éste por indebida aplicación y aquéllos por no haberlos aplicado. De ahí deduce la compañía su absolución, por no haber sido ella sino Hofseth quien puso fin al contrato.

La sentencia recurrida lo que dice al respecto es que la venida de Hofseth, coincidente al menos con un pequeño accidente de trabajo en un ojo, o efecto, al decir de Hofset, de ese accidente y de la necesidad de ser asistido por especialista, no es de suyo prueba de aquel ánimo de él respecto del contrato, y que el hecho de haber traído consigo un equipaje de tal o cual magnitud no obliga a concluír, cual si esto fuese indicio necesario o vehemente, que su ánimo fue, al venirse en tal oportunidad y forma, el que la compañía le achaca.

Como el error que puede prosperar en casación sobre apreciación de pruebas tiene, en su caso, que ser manifiesto, y no se nota esta calidad en el de que se viene hablando, se advierte que, aunque en gracia de discusión se halle la posibilidad de tal error, ni aun así prosperaría el cargo. A que se agrega que efectivamente, como dice el Tribunal, de que Hofseth se hubiera traído todas cuantas cosas suyas tenía en Apulo, no era de deducirse forzosamente su aludido propósito, máxime cuando entonces comenzaban sus vacaciones. El simple hecho de cargar con todo no obliga a conceptuar que quisiera romper el contrato y, mucho menos, que en ello, en su caso, obrara él motu proprio.

Además, como ya se vio, le asistían razones para creer que la compañía prescindía de sus servicios, pues esa venida de él de Apulo a Bogotá fue posterior al recibo por él de la carta de 11 de abril y a su respuesta del 14; y, como también se vio, nada hizo la compañía para corregir el error en que después ha sostenido ella que incurrió él al estimar que las cartas de ella contenían su despido inmediato, abstención de la compañía tanto más significativa cuanto más vivamente reclamaban aclaración de ella los conceptos de Hofseth muy netamente expresados por él a este preciso respecto.

Lo hasta aquí expuesto conduce a reconocer no sólo que es inadmisible dicho segundo cargo, sino que no prospera la tesis conforme a la cual la compañía hubiera de ser absuelta.

Antes de pasar adelante y por su relación con los cargos restantes a que acaba de aludirse, interesa indagar cuál fue el tiempo de servicio.

Según el documento, este servicio comenzó, para todos los efectos del contrato, sin más salvedad que la establecida en la cláusula cuarta, el 18 de junio de 1932. Determinado ya, como se ha visto en los capítulos anteriores de este fallo, que terminó el 15 de abril de 1933, duró los diez meses menos tres días que, en el respectivo punto de su sentencia encontró el Tribunal, como se verá adelante.

Esa cláusula cuarta fija singularmente, con el exclusivo fin de regular las vacaciones de fin de año, como fecha inicial el 15 de abril de 1932. Cabe recordar aquí que esto sostiene el actor y otro tanto la compañía, según se vio en sus cartas citadas y parcialmente trascritas. Previniendo toda confusión, repítese que este es un señalamiento singular, hecho ad hoc para sólo lo relacionado con la quincena de asueto de fin de año.

Este asueto es para Hofseth un derecho que nacería, año por año, de haber servido durante éste. Es, pues, independiente al fin de cada año de que hubiera de seguir sirviendo o no y, en este último evento, de la causa de la cesación del servicio, así proviniera de hecho indiferente o culposo de una de las partes o de acuerdo de ambas o de razón distinta.

Ante esa estipulación sucedía esto: haber servido Hofseth un año era un hecho que por sí solo determinaba su consiguiente derecho a quince días de asueto con sueldo. Y, por igual motivo, dada la fuente de este derecho, ese sueldo no podía ser otro que el devengado, sin consideración a que por motivos extraños a la vacación y con fines encaminados a prestaciones diferentes a ésa, hubiera de obtener o se creyera con derecho a obtener el cómputo de sus sueldos con un aumento pactado o previsto para algo muy distinto de ese asueto en sí.

Las precedentes consideraciones imponen la admisión del cargo del demandante nacido de la negativa que el Tribunal pronuncia sobre reconocimiento de ese sueldo correspondiente a la quincena de vacaciones del año cabalmente vencido el día que quedó roto el contrato.

No así el cargo sobre nevativa del mes adicionalmente demandado, sobre el pie, inadmisible para la Corte de que, estipulados cuatro meses para el final de cuatro años, con haber servido uno tiene derecho a un mes. Esta pretensión y por ende el cargo de violación del art. 1602 del C. C. en razón de desoírse el contrato, que es lo sostenido por el recurrente, se halla inadmisible, porque tal cuatrimestre se estipuló como remuneración o premio por haberse cumplido un cuatrenio de servicio y es algo indivisible exigible sólo por ese hecho. El tenor literal de esa estipulación y la claridad con que está redactada, así como su naturaleza misma, así lo indican. Y lo corrobora el hecho de haberse convenido además separadamente, en el referido asueto anual de quince días.

Cuatro años de servicio fue la condición necesaria para obtener los cuatro meses de aquel otro asueto adicional. No realizada ella no es exigible la obligación consiguiente, que no alcanzó a nacer. El actor no pide los cuatro meses, sino uno, pero la división es inadmisible, porque, repítese, ese asueto adicional se estipuló como galardón

o premio para el preciso evento de completarse por Hofseth cuatro años de servicio en la compañía.

Hallándose inadmisible el cargo contra la negativa de esta prestación; pero sí justificado el formulado contra la negativa de la quincena antedicha, justificación nacida de que el contrato sí la estipuló como dice el actor y que sí se llenó el requisito necesario al efecto, cual era el de haber servido un año, por lo cual la negativa implica violación del art. 1602 del C. C., resta advertir tan sólo que se justifica consecuencialmente la solicitud de intereses del sueldo en quince días a partir del 1º de mayo en que vencieron.

La compañía formula como cargo final suyo y llamándolo subsidiario, uno que se resume así: violación del art. 1602 del C. C. por desoír el Tribunal el contrato, en cuanto éste reglamentó las consecuencias del rompimiento del mismo por ella antes de cerrarse el primer año. Dice su abogado que, aun admitiendo en gracia de discusión el concepto de haber ella procedido así, no se deduciría de ahí todo lo que el Tribunal deduce, sino lo que las partes preestablecieron para ese preciso evento, que es lo determinado clara y detalladamente por ellas en la cláusula sexta, ya transcrita en el presente fallo.

Efectivamente así es. Esa cláusula establece, para ese preciso caso, que es el sucedido, que la compañía pagará los $ 500 de viáticos y el referido aumento de sueldo. Este aumento, según se vio con acierto, el Tribunal lo reconoce y fija en $ 742.50. Pagadero al terminarse el contrato, desde esa fecha gana intereses, por motivos idénticos a los que llevaron al Tribunal a reconocerlos desde ese día sobre aquellos $ 500.

Y como por otra parte, el Tribunal reconoce, además, el trimestre de desahucio, es claro que en esto se excedió de lo que las mismas partes habían prefijado.

Estos cargos, pues, se justifican.

La admisión de los cargos procedentes y el rechazo de los improcedentes, discriminados unos y otros como queda hecho, determinan que, sosteniéndose la condenación en sí, sosteniéndose algunas partidas de las deducidas por el Tribunal, haciéndose la agregación ya puntualizada y rechazándose otras, se case la sentencia recurrida. La casación habría de ser parcial si la parte resolutiva de aquélla contuviese separación de partidas; pero como esa discriminación, que a la verdad no era precisa ahí, formulada como quedó detalladamente en la parte motiva, lo que permitió esa totalización global, la casación ha de hacerse en la forma consiguiente.

Conforme al art. 538 del C. J. debe dictarse la resolución que corresponda en lugar de la recurrida, esto es, la sentencia de instancia que reemplace la del Tribunal.

Pero antes de dictarla se hace necesario disipar ciertas dudas y esclarecer ciertos puntos y para ello dictar la providencia a que autorizan los arts. 539 y 600 del mismo Código.

En efecto: desde la demanda inicial se planteó, y en las instancias se contendió ahincadamente al respecto, la cuestión de la especie de moneda en que ha de hacerse el pago, y el empeño cardinal del demandante en el recurso de casación versa sobre ese punto, al extremo de poderse suponer que esto es lo que para él determinó la interposición del recurso: tánta es su trascendencia. Y aunque así no fuese, lo antedicho sobre la sola demanda bastaría.

Ella pide oro legal acuñado colombiano o su equivalente en moneda corriente. El Juzgado dijo: "....por cuanto en Colombia solamente hay una especie de moneda, y, además, atendiendo a lo dispuesto por la ley 46 de 1938 en su art. 2º, inciso 2º, el pago debe ordenorse en moneda corriente, sin distinguir oro, o papel representativo, o billetes del Banco de la República". El Tribunal nada dijo de suyo sobre tema tan grave; pero, como se ha dicho, confirmó la sentencia del Juzgado.

El demandante acusa por violación de un derecho adquirido, en fuerza de lo cual se quebrantó el art. 31 de la Constitución y también el 40 del Acto Legislativo Nº 3 de 1910, en cuanto se aplicó la citada ley 46 a pesar de ser inconstitucional en concepto de aquel recurrente.

Ahora bien, los suscritos no pueden ignorar, aunque el hecho no esté probado ni siquiera traído a cuento en este proceso, que varias leyes y decretos sobre deudas, entre ellas la 46 aquí citada, son materia de acusación por inconstitucionalidad formulada a virtud del art. 41 del citado Acto Legislativo y pendiente hoy ante la Sala Plena, en la que este asunto, junto con los demás de su clase, entró en el repartimiento reciente determinado por la vigencia de la ley 96 del año en curso.

Preciso para los suscritos Magistrados es

ponerse al tanto de la forma y finalidades de aquella acusación, en lo atañedero a la citada ley 46 particularmente, ya que decidir en la presente sentencia al respecto, dada la cuestión que sobre ese tema y ley aquí se plantea y ocurre, es algo que puede relacionarse con aquella actuación en forma que implicara anticipación de conceptos y que, entre otros resultados, pudiera producir el de colocar a los suscritos en el caso contemplado y reglamentado por el art. 510 del Código Penal.

Necesitando, pues, en conciencia y ley establecer lo relativo a dicha acusación y por tanto, si ocurren o no las consecuencias a que acaba de aludirse al estudiar lo tocante a moneda en el presente pleito para dictar la referida sentencia de instancia, deben proceder en forma de que obren en el expediente para estudiarlos aquí los elementos pertinentes de aquellas acusaciones.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa la sentencia pronunciada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el treinta de octubre de mil novecientos treinta y cinco.

Antes de dictar sentencia de instancia la Sala dictará auto para mejor proveer, para lo cual volverá a su despacho el expediente una vez ejecutoriado el presente fallo.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Antonio Rocha, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J., Juan Francisco Mújica, Eduardo Zuleta Angel. Emilio Prieto Hernández, Srio. Into.

AUTO PARA MEJOR PROVEER

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

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

Para mejor proveer en este asunto y de conformidad con la sentencia de trece de noviembre último, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley resuelve:

Tráigase a este expediente copia de las demandas que, acumuladas, cursan en la Sala Plena, sobre inconstitucionalidad de diversas disposiciones de leyes y decretos sobre deudas, así como de la sentencia, en su caso, en lo pertinente a la ley 46 de 1933.

Líbrese exhorto al señor Presidente de esta Corporación solicitando de él se sirva proveer lo conducente a la expedición y envío de tal copia.

Siendo ambas partes recurrentes, ambas concurrirán por igual al cumplimiento de esta providencia, en lo de su resorte.

Cópiese y notifíquese.

Antonio Rocha, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J., Juan Francisco Mújica, Eduardo Zuleta Angel. Emilio Prieto Hernández, Srio. Into.

ACCION SOBRE PAGO DE UNA SUMA DE PESOS.—LA HIPOTECA COMO DERECHO REAL. DERECHOS DEL TITULAR DEL DERECHO ACCESORIO DE HIPOTECA.—ACCION PERSONAL Y ACCION REAL.—PRESCRIPCION

1.—Cuando se ejercita el derecho personal del acreedor hipotecario, el demandado tiene que ser el deudor de la obligación, y cuando se ejercita la acción real, el demandado tiene que ser el ACTUAL poseedor del inmueble. 2. La prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos se interrumpe civilmente por la demanda judicial, pero no por cualquier demanda sino por una en que se ejercite el derecho cuya prescripción se trata de interrumpir y que vaya dirigida contra la persona obligada y no contra otra persona.

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

(Magistrado ponente, Dr. Eduardo Zuleta Angel)

I

Antecedentes

1º—El 29 de enero de 1907, según consta en el instrumento número 35 de esa fecha, otorgado en la Notaría de Honda, Henry Hallam recibió a mutuo, del señor Arthur D. Thomas, la suma de mil pesos oro americano al interés del dos por ciento mensual, con plazo de un año, e hipotecó, para garantizar la deuda, dos solares ubicados en Mariquita.

2º—El 31 de enero de 1908, según consta en la escritura 98 de esa fecha, otorgada en la misma Notaría de Honda, se convino en ampliar por el término de un año, contado desde el 29 de enero de 1908, el plazo estipulado en el contrato primeramente citado y en cambiar la garantía hipotecaria a que se aludió por una finca rural situada en Mariquita y denominada "La Figueroa".

3º—El 2 de agosto de 1920 el acreedor Thomas, por medio de apoderado, le cedió al señor Pedro Macías el crédito hipotecario en cuestión, según consta en la escritura 558 de esa fecha, otorgada en la Notaría de Honda.

4º—El 7 de junio de 1921 el cesionario señor Macías demandó ejecutivamente ante el Juez del Circuito de Honda a la señora María Teresa Hallam de Vargas, heredera del deudor, en ejercicio de la acción real hipotecaria. En este juicio se declaró probada la excepción de prescripción de la acción ejecutiva.

5º—El 22 de octubre de 1925 el mismo señor Macías demandó en juicio ordinario y en ejercicio de la acción real hipotecaria a la nombrada señora María Teresa Hallam de Vargas, designada como actual poseedora de la finca hipotecada.

6º—El 25 de septiembre de 1926 el Juzgado 1º de Honda condenó a la demandada, al tenor de la demanda ordinaria de que acaba de hablarse.

7º—El 12 de agosto de 1928, antes que el Tribunal Superior dictara sentencia de segunda instancia en ese juicio, el señor Macías le cedió el crédito hipotecario de que se viene hablando al señor José Miguel Sánchez, según consta en la escritura 782 de esa fecha, otorgada en la Notaría de Honda.

8º—El 31 de octubre de 1928 el Tribunal Superior de Ibagué confirmó la sentencia ya aludida dictada por el Juez 1º del Circuito de Honda el 25 de septiembre de 1926 en el referido juicio ordinario.

9º—El 16 de julio de 1930 la Corte Suprema de Justicia, fundándose en que el señor Pedro Macías no había notificado la cesión en que fundó su acción ni al señor Hallam ni a sus herederos y en que, por lo tanto, esa cesión no podía producir efecto alguno contra el deudor y contra terceros, casó la sentencia del Tribunal y en su lugar declaró probada la excepción de petición antes de tiempo.

10.—El 28 de octubre de 1931 el nuevo cesionario señor José Miguel Sánchez promovió demanda ordinaria "contra la sucesión ilíquida del señor Henry Hallam representada por sus herederos, las señoras María Teresa Hallam de Vargas, Lucy o Lucía Hallam viuda de Valencia, Alicia Hallam viuda de Vallejo, Emilia Hallam viuda de Bevan y por los señores Alejandro y Giles Vicente Hallam", para que se declarara que dicha sucesión ilíquida, representada por los expresados herederos, debía pagar al demandante, como cesionario del señor Pedro Macías, que a su turno lo fue el señor Arthur D. Thomas, la suma de mil pesos oro americano, con los correspondientes intereses, y que la misma sucesión "garantiza al señor José Miguel Sánchez, en su carácter de ce-

cesionario del crédito hipotecario objeto de esta demanda, el pago del capital, intereses y costas expresados anteriormente, con la hipoteca especial y expresa del terreno denominado "La Figueroa".

11.—Subsidiariamente pidió el actor en el mismo libelo se declarara "que la herencia ilíquida del señor Henry Hallam... representada por la señora María Teresa Hallam de Vargas, en su condición de heredera única como hija legítima, debe pagar... al señor José Miguel Sánchez, en su carácter de cesionario del señor Pedro Macías, quien a su vez lo es del señor Arthur D. Thomas, la suma de mil pesos oro de capital", con sus correspondientes intereses, al tenor de las escrituras ya citadas, y que dicha herencia ilíquida "representada por la señora María Teresa Hallam de Vargas en su condición de heredera única como hija legítima, garantiza al señor José Miguel Sánchez... el pago del capital, intereses y costas... con la hipoteca especial y expresa del terreno denominado "La Figueroa".

12.—El 20 de octubre de 1933 el Juzgado 1º del Circuito de Honda absolvió a la sucesión del señor Henry Hallam de los cargos formulados en la precistada demanda por estar prescrita la acción. Consideró el Juzgado que la demanda ordinaria que se había promovido el 22 de octubre de 1926 no interrumpió la prescripción porque entonces no se había notificado al deudor la cesión del crédito hipotecario, y que tampoco interrumpió dicha prescripción la acción ejecutiva promovida antes.

13.—El 31 de enero de 1935 el Tribunal Superior del Distrito de Ibagué confirmó el fallo del Juzgado de Honda, que acaba de mencionarse, fundándose para ello en que la acción ordinaria estaba prescrita el 28 de octubre de 1931 cuando se presentó la última demanda y en que la otra demanda —la de 22 de octubre de 1925— no interrumpió la prescripción porque la cesión del crédito hipotecario no le había sido notificada al deudor.

14.—Contra la sentencia del Tribunal de que se acaba de hablar interpuso el actor el recurso de casación que va a decidirse:

II

Fundamentos del recurso

El recurrente acusa la sentencia del Tribunal:

a) Por violación directa del artículo 2535 del Código Civil, "puesto que declaró extinguida la acción por no haberse ejercido ella durante veinte años, siendo así que, como queda demostrado, sí se había ejercitado la acción que se declara prescrita desde mucho antes de cumplirse el término que la ley señala". El recurrente estima que la prescripción se interrumpió con la demanda ordinaria de 1925 promovida contra la señora Hallam de Vargas porque dicha señora admitió la litis-contestación con el cesionario del crédito y con ello aceptó dicha cesión;

b) Por violación directa del artículo 2538 del Código Civil, pues habiéndose cumplido la interrupción de la prescripción no podía el Tribunal aplicar este artículo a la acción ejercitada en este juicio;

c) Por violación del artículo 2539 del Código Civil, pues al fallar el Tribunal en el sentido de que no existió la interrupción de la prescripción, a pesar de la demanda de 1925, infringió el principio allí contenido según el cual la prescripción se interrumpe por la demanda judicial;

d) Por violación del artículo 1960 del Código Civil, por cuanto el Tribunal estimó que la cesión de un crédito no produce efecto alguno contra el deudor sino en el caso de que dicha cesión haya sido notificada, siendo así que al tenor del mencionado texto también produce efecto la cesión cuando ésta ha sido aceptada por el deudor;

e) Por violación de los artículos 2535 y 2537 del Código Civil, que fueron aplicados indebidamente, porque habiéndose interrumpido la prescripción, no era el caso de declarar prescrita la acción;

f) Por violación del artículo 2452 del Código Civil, "pues al negarle eficacia para interrumpir la prescripción a la acción real dirigida por el acreedor contra quien representaba la finca hipotecada, implícitamente se desconoce lo que al respecto estatuye el citado artículo 2452".

Se estudiarán estos cargos conjuntamente, por la íntima relación que hay entre ellos, pues como lo observa el propio recurrente, todo "el problema, por lo tanto, se contrae a decidir si se interrumpió o no la prescripción con las acciones promovidas para obtener la efectividad de la obligación".

III

Examen de los cargos

La hipoteca es una seguridad real e indivisible que consiste en la afectación de un bien raíz del deudor al pago de una obligación, sin desposesión actual del constituyente, y que le permite al acreedor embargar y

hacer vender ese bien, al vencimiento del término, sea quien fuere el poseedor, para hacerse pagar con el precio, de preferencia a los otros acreedores.

Como se desprende de esa definición, la hipoteca es un derecho real, aun cuando no establezca una relación directa entre su titular y la cosa sobre que recae, pero no un derecho real principal sino un derecho real accesorio.

De este carácter de derecho accesorio que tiene la hipoteca se deduce que todo titular de una hipoteca es también un acreedor que tiene por consiguiente dos derechos y dos garantías: el derecho personal o de crédito que conlleva el de perseguir la ejecución de la obligación sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor, y el derecho real de hipoteca sobre el inmueble hipotecado en virtud del cual puede hacer vender dicho inmueble para que con el producido se le pague o hacérselo adjudicar en pago hasta concurrencia de su crédito, sea quien fuere el que posea la cosa hipotecada. De ese mismo carácter accesorio de la hipoteca se desprende también que al extinguirse la obligación a que accede se extingue inevitablemente el derecho real.

Como el acreedor hipotecario, según lo antes dicho, por el hecho de tener un derecho real de hipoteca, no deja de tener los derechos de acreedor común y corriente, es claro que tiene dos acciones distintas: la acción personal y la acción real hipotecaria, que pueden ejercitarse conjuntamente. Cuando se ejercita la acción personal, el demandado tiene que ser el deudor de la obligación. Cuando se ejercita la acción real, el demandado tiene que ser el actual poseedor.

En el presente juicio aparece como demandada única y exclusivamente "la sucesión ilíquida del señor Henry Hallam", y lo que contra ella se pide es: a) Que se resuelva que dicha sucesión le debe pagar al actor la suma que Thomas le dio en mutuo a Hallam, con sus intereses, y b) Que se declare que dicha sucesión "garantiza al señor José Miguel Sánchez el pago del capital, intereses y costas".

Se demandó, pues, al deudor, no al actual poseedor de la cosa —ya que en la demanda ni siquiera se dice quién sea el poseedor de ella— y se demandó a ese deudor no en ejercicio del derecho real de hipoteca —que se ejerce pidiendo que se le pague al acreedor hipotecario, de preferencia a cualquiera otro, con el producido de la venta en pública subasta de la cosa hipotecada o con la adjudicación de ésta hasta concurrencia de su crédito—, sino para obtener la declaración de que la obligación personal existe y de que ella está garantizada con una hipoteca.

En cambio, tanto en el juicio ejecutivo iniciado el 7 de junio de 1921 como en el juicio ordinario iniciado el 22 de octubre de 1925, el acreedor hipotecario ejercitó la acción real hipotecaria y por ello demandó, no a la sucesión del señor Henry Hallam, sino a la señora María Teresa Hallam de Vargas, como actual poseedora.

En tales circunstancias es claro que las dos demandas últimamente aludidas no pudieron servir para interrumpir la prescripción del derecho que se trata de hacer reconocer ahora.

La prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos se interrumpe civilmente por la demanda judicial, pero no por cualquier demanda sino por una en que se ejercite el derecho cuya prescripción se trata de interrumpir y que vaya dirigida contra la persona obligada y no contra otra persona.

Las demandas judiciales que ahora se invocan como elementos de interrupción de la prescripción no fueron dirigidas contra la sucesión, que es la demandada en el presente juicio, ni estuvieron encaminadas a ejercitar el derecho que contra dicha sucesión se trata de ejercitar ahora.

No hay para qué entrar —después de lo dicho— a examinar las consideraciones que hace el Tribunal sobre el artículo 1960 del Código Civil y sobre la aplicabilidad de éste al caso.

Cualquiera que fuera el concepto de la Corte sobre esas consideraciones, él no variaría la conclusión fundamental ya expuesta sobre no interrupción de la prescripción. En el mejor de los casos, si al examinar esos argumentos se llegara a la conclusión de infirmación del fallo, sería para volver, en el de instancia que lo reemplazara, a la absolución del demandado, por las razones expuestas.

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, no casa la sentencia dictada en este juicio por el Tribunal Superior de Ibagué, con fecha 31 de enero de 1935.

Como no hubo oposición, no se hace condenación en costas de derecho.

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

Antonio Rocha, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J., Juan Francisco Mújica, Eduardo Zuleta Ángel, Emilio Prieto Hernández, Srio. int.

REVISION

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil. Bogotá, diez y siete de diciembre de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Antonio Rocha)

Ante el Juzgado 1º de Riosucio, el 17 de junio de 1924, Inocencio Guerrero, Mario y Miguel del mismo apellido, Israel y Dámaso Tapasco y Jerónimo Calvo, en su carácter de miembros del pequeño cabildo de la parcialidad de indígenas de "Cañamomo" y "Lomaprieta", demandaron en juicio ordinario a los señores Obdulio y Alejandro Toro, y posteriormente hubo de hacerse parte en el juicio el General Alfredo Vásquez Cobo, para que se hiciesen varias declaraciones.

Ese juicio terminó por sentencia de la Córte Suprema de Justicia de fecha 23 de mayo de 1934, en que después de revocar la del Tribunal Superior de Manizales que en parte había sido favorable a los demandantes, confirmó la de primera instancia.

En el presente año de 1936 uno de aquellos demandantes, Israel Tapasco, pero no los restantes, y unido aquél a otros denominados Cayetano, José María y Rómulo Tapasco, Felipe Cataño y Enrique Guerrero, mayores y vecinos de Riosucio, Caldas, como miembros del referido pequeño cabildo de indígenas, piden la revisión del juicio ya aludido y otras declaraciones y dirigen la demanda contra Obdulio y Alejandro Toro, vecinos de Riosucio y de Supía respectivamente, y contra el General Vásquez Cobo, vecino de Cali.

El magistrado ponente en este negocio hizo aclarar la demanda a fin de conocer claramente los hechos fundamentales que justificaran la vía de revisión escogida por los actores. En efecto, en la demanda corregida fundan la acción de revisión en los numerales 1º y 2º del art. 542 del C. J., manifestando que don Ovidio Ospina T., que fue el Juez de primera instancia en el juicio que quieren revisar es hijo legítimo de doña Mercedes Tascón, vendedora de la salina y tierras del "Peñol" y nieto de doña Avelina de la Roche y por tanto tenía un parentesco que le impedía conocer del juicio en que había parientes interesados dentro del cuarto grado de consanguinidad, y por tanto hubo nulidad de lo actuado. El segundo hecho de revisión lo hacen consistir en que la Corte Suprema determinó el sentido absolutorio del fallo de cuya revisión se trata por considerar que la comunidad de indígenas no tenía título legal y en cambio ahora ya ha levantado la prueba supletoria de que trata el art. 12 de la ley 89 de 1890.

Acompañan a la demanda de revisión la partida de bautismo de Ovidio Ospina T. y la prueba supletoria de la personería del pequeño cabildo.

La Corte considera:

El recurso excepcional de revisión que otorga el Código de procedimiento civil para que se revise una sentencia ejecutoriada proferida por la Corte Suprema o por un Tribunal Superior, ha de tener por fundamento hechos que se hallen en uno de los cuatro casos previstos por el art. 542 de dicho Código. En ninguno de ellos se hallan los demandantes; si con posterioridad al juicio ya fallado ellos han descubierto que en el Juez de primera instancia concurría una causal de impedimento y de recusación de dicho juez para conocer del juicio, no aparece que el parentesco que se le imputa al Juez con supuestos interesados en el juicio no hubiera podido ser conocido entonces por los demandantes, pues la pieza o documento pertinente, o sea una partida de estado civil, existía en los archivos públicos y no aparece detenida por fuerza mayor o por obra de la parte favorecida, circunstancia que perentoriamente exige el ordinal 1º del artículo 542 del C. J. Además, esa pieza ha de ser decisiva para el sentido del fallo que se revisa, y el impedimento que tenga un juez para conocer de un negocio da lugar a separarlo de su conocimiento, pero no a informar la resolución del fallo en éste o en aquel sentido; o si a pesar del impedimento se actuó por dicho juez, en su caso habrá lugar a una nulidad que se debate ya en el mismo juicio, o ya en otro separado, por la vía ordinaria, pero no usando del procedimiento excepcional de revisión.

En cuanto al segundo motivo alegado, o sea, el de tener ahora el cabildo de indígenas una personería sustantiva de que entonces carecía, por haber levantado, con posterioridad al juicio anterior, la prueba supletoria, eso puede dar lugar a que se demande nuevamente por la vía ordinaria usando de la nueva personería, si es que a ello no se opone la cosa juzgada, pero no por la vía excepcional de revisión, porque ello sería tanto como admitir que este último

procedimiento sirve para pretermitir formalidades exigidas por la ley para que ninguno sea juzgado y condenado en juicio sin la plenitud de las formas legales.

Por lo dicho se concluye que no es admisible la demanda que se propone por la vía de revisión autorizada por los artículos 542 y siguientes del C. J. y así lo resuelve la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley. Devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

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

Antonio Rocha, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J., Juan Francisco Mújica, Eduardo Zuleta Angel, Emilio Prieto Hernández, Srio. into.

PAGO DE SERVICIOS DE UN COMISIONISTA

Un número plural de indicios, aunque no sean necesarios, pero que son graves, precisos y conexos entre sí, de modo que concurren a demostrar sin lugar a duda la verdad del hecho controvertido, forman plena prueba, de acuerdo con el artículo 665 del C. J.

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

(Magistrado ponente: Dr. Liborio Escallón)

Clodwin Cecil Jenkis, diciéndose gerente de la sociedad denominada Urbanización del Barrio Inglés y Gabriel Moya Tobar, obrando en nombre propio, hicieron constar, en documento privado otorgado en esta ciudad el tres de enero de mil novecientos treinta y tres, la celebración de un contrato de comisión según el cual la compañía mencionada comisionó al señor Moya para que vendiera un globo de terreno denominado Barrio Inglés, venta que podría hacer el comisionista en el total o en lotes o parcelas, de contado o a plazos. El comisionista tendría la exclusividad para la venta o ventas, la sociedad aceptaría las promesas de venta y los precios pactados y el comisionista tendría la comisión acordada en el contrato.

Basado en este contrato y en la infracción de él por el comitente, el señor Gabriel Moya Tobar demandó a la sociedad denominada Urbanización del Barrio Inglés, S. A., domiciliada en esta ciudad, representada por su gerente Francisco Zúñiga, para que fuera condenada al pago íntegro de las comisiones estipuladas y a la indemnización de los perjuicios que le ocasionó la infracción del contrato.

En primera y segunda instancia fueron desechadas las peticiones de la parte actora la cual, por medio de apoderado, interpuso recurso de casación contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá el treinta de enero de mil novecientos treinta y seis, que confirmó la del inferior.

Sentencia recurrida

La sentencia está basada en que no se comprobó que el señor Clodwin Cecil Jenkis hubiera sido gerente de la Urbanización del Barrio Inglés, S. A., cuando celebró con el demandante el contrato de comisión que consta en el documento de treinta de enero de mil novecientos treinta y tres.

Esto es lo básico de la sentencia, aunque el fallador también encontró que no estaba en autos la demostración plena de la prestación de los servicios del actor a la sociedad mencionada.

Estudio de los cargos

El Tribunal se expresa así en la sentencia recurrida: "Alega finalmente el apoderado del actor, que en autos está demostrada la prestación de los servicios de su cliente a la sociedad demandada y que por tanto la demanda debe prosperar, ya que nadie puede enriquecerse a costa ajena sin causa. No encuentra el Tribunal tal demostración plena de los autos... los demás documentos que aparecen en el expediente están formados por cartas y certificaciones que no emanan de la sociedad deemandada y que no demuestran con claridad la prestación de los servicios que alega el actor. Así vemos (fojas 3

del cuaderno principal), una certificación de las empresas unidas de Energía Eléctrica; unos documentos o papeles de la casa R. J. Jones & Cía., S. S. (fojas 4 ibídem); copias de cartas suscritas por el propio demandante, mas de todo esto no puede deducirse el derecho que reclama el demandante, como es obvio". El recurrente, en el capítulo segundo de su acusación ataca este concepto y acusa la sentencia por error de hecho evidente en la apreciación de las pruebas, con lo cual se violaron los artículos 663 y 665 del C. C.

El recurrente se refiere a los siguientes documentos: a la carta que corre al folio 8º del cuaderno de pruebas dirigida por Francisco Zúñiga como gerente de la Urbanización del Barrio Inglés al señor Bernardo Beltrán; al certificado que corre al folio 3º del cuaderno 1º expedido por las Empresas Unidas de Energía Eléctrica, y al certificado de la casa comercial R. J. Jones & Cía., que se halla al folio 4º del cuaderno número 1º

En la carta primeramente nombrada, suscrita por el gerente Zúñiga, como ya se dijo, se encuentra el siguiente aparte: "el señor Moya dejará de intervenir en lo relativo al Barrio Inglés y por lo tanto nada tendrá que ver usted con dicho señor; todo lo que tenga que tratar con el Barrio Inglés lo hará en las oficinas de la Casa Inglesa en los días martes y viernes, que se le atiende de una manera especial, en caso de que sea algún asunto urgente lo atenderemos cualquier día de cinco a seis de la tarde". El certificado de la Casa R. J. Jones y Cía. dice lo siguiente: "Certificamos que el señor Gabriel Moya Tobar, trabajó como comisionista durante año y medio aproximadamente en la venta de lotes de nuestras urbanizaciones. Nos vimos obligados a prescindir de sus servicios por no haber cumplido el señor Moya el contrato celebrado con nosotros, consistente en entregarnos las instalaciones de luz en una de nuestras urbanizaciones. Consideramos que el señor Moya Tobar es persona honorable y trabajadora".

El certificado del gerente de las empresas de Energía Eléctrica dice lo siguiente: "a petición del señor Gabriel Moya, certificamos que en marzo 14 de 1933 por intervención del señor Moya celebramos un contrato para la extensión de las líneas de baja tensión para el servicio del Barrio Inglés, según presupuesto de fecha diez de enero de 1933. También certificamos que el contrato de dicha extensión aparece firmado por el señor Gabriel Moya y aceptado por la casa R. J. Jones y Cía. Bogotá, diciembre 5 de 1933".

Hace también referencia el recurrente, en el capítulo que se estudia, a las cartas que corren a los folios 10 y 11 del cuaderno principal. La primera dice así: "Bogotá, enero 2 de 1933.—Señor don Gabriel Moya.—Ciudad.—Muy estimado señor: Pongo en su conocimiento que el barreno que hicieron en el Barrio Inglés está en peligro de perderse y los que han comprado lotes se quejan contra la postura de un chircal. En mi opinión no se puede poner chircal en ese Barrio. Sin motivo para más, me suscribo de usted atento, seguro servidor y amigo (firmado), Hywl S. Hughes".

La segunda carta está dirigida por la Urbanización del Barrio Inglés al ingeniero de las Empresas Unidas de Energía Eléctrica, con fecha 9 de febrero de 1933, y en ella la compañía demandada se refiere al presupuesto de las Empresas de Energía de fecha 10 de enero último, es decir, al mismo presupuesto a que se refiere el certificado expedido por las Empresas Unidas a Moya Tobar, para la instalación eléctrica en el Barrio Inglés.

A la luz del derecho probatorio, de los documentos antes relacionados resulta una serie de indicios que a juicio de la Corte demuestran este hecho: El demandante Moya Tobar trabajó en pro de la Urbanización "Barrio Inglés" para la realización de los fines que se propuso esta sociedad, con el asentimiento de los representantes de ella. Por eso el certificado en que se hace constar ese trabajo, durante año y medio aproximadamente, la declaración del gerente de la Compañía sobre que Moya Tobar dejará de intervenir en lo relativo al Barrio Inglés desde el 26 de julio de 1936, la intervención de Moya Tobar con las Empresas de Energía Eléctrica para llevar la fuerza al Barrio Inglés, la confirmación de esta intervención de Moya, la orden o reclamo del gerente de la sociedad demandada al señor Moya Tobar.

Resulta entonces que, no sólo ante nuestra legislación positiva, sino ante los principios científicos que la informan está acreditado el hecho en referencia y es de aplicación el artículo 665 del C. J. que enseña que los indicios aun no necesarios "forman plena prueba cuando son en número plural, graves, precisos, conexos entre sí, de modo que concurran todos a demostrar sin lugar a duda la verdad del hecho controvertido".

No se concibe, en verdad, ni es presumible, que si el señor Moya Tobar no hubiera actuado como comisionista de la sociedad

demandada se le hubieran dirigido las cartas y certificados de que se ha hecho mérito por los representantes de la sociedad, y si Moya Tobar no hubiera obrado autorizado por tales representantes, es claro que la sociedad demandada no sólo no le hubiera expedido los certificados y dirigido las cartas de que se ha hecho mérito, sino que hubiera protestado en guarda de sus intereses contra la intromisión abusiva del demandante Moya Tobar.

Para la Corte no hay duda, de acuerdo con los elementos probatorios de que se ha hecho mención y con el análisis de esos documentos y su trascendencia que Moya Tobar obró como comisionista de la Urbanización Barrio Inglés S. A. y autorizado por esta Compañía.

De modo, pues, que el Tribunal incurrió en error evidente en la apreciación de los documentos ya relacionados, con lo cual infringió el artículo 605 del C. J. Este error en la apreciación de la prueba produjo a su turno otro error consistente en la falta de reconocimiento de la calidad invocada por el actor y consiguiente violación, por no haberlas aplicado, debiendo aplicarlas, las normas sustantivas establecidas por los artículos 190 y 331 del C. de Co., citados como infringidos, por el recurrente. Por lo tanto la sentencia debe casarse.

Sentencia de instancia

Sobre la base anterior se concluye que entre el demandante y la sociedad demandada se celebró un contrato de mandato, por medio del cual la Urbanización Barrio Inglés confirió a Moya Tobar la gestión de un negocio, o sea la venta de lotes de esa compañía, que fue el objeto que determinó la constitución de tal sociedad.

Dada la naturaleza de ese mandato, la calidad de comerciante del demandante y la clase de negocios para que aquél se confirió, éste asume el carácter de mandato comercial, art. 331 del C. de Co., y toma el nombre específico de comisión, art. 333 ibídem, la cual es por su naturaleza asalariada. El mandato, como es sabido, no necesita ser constituído de manera solemne, artículo 2419 del C. C. A juicio de la Corte, el demandante Moya Tobar fue mandatario de la Compañía demandada, Urbanización Barrio Inglés, para la venta de lotes de propiedad de esta compañía, y existe verdadero mandato si se considera que el negocio interesaba a ambas partes, artículo 2146 del C. C., porque es obvio que la Compañía demandada tenía interés en realizar los lotes y el demandante en que se vendieran. Es claro que Moya no celebraba el contrato mismo de compraventa ni otorgaba las respectivas escrituras, pero sí servía de intermediario buscando los compradores y poniéndolos en relación con la compañía para llegar a aquel fin. Si se realizó, pues, esa operación por orden y en beneficio de la sociedad demandada, es clara entonces la obligación de ésta de pagarle a Moya Tobar el valor de sus gestiones y es esto lo que en realidad se demanda, según se ve claramente del libelo.

Aun cuando la compañía demandada ha sostenido en este debate que no la obliga el contrato celebrado entre Jenkis y Moya Tobar, la Corte ha llegado a una conclusión contraria, por lo siguiente: a) Porque evidentemente no fue salvado el nombre de Jenkis en la escritura en los términos que señala el artículo 2183 del C. C. y cuando no se procede de este modo, no valdrán las correcciones y se dará cumplimiento a lo primitivamente escrito, artículo 2584 ibídem); b) Porque Jenkis aparece como fuerte accionista de la compañía en la escritura social y si a la verdad el tercero tiene como guía el extracto de la escritura y la sola calidad de accionista, no confiere personería a la sociedad, no puede sin embargo tacharse de desacertada la conducta de Moya Tobar al entenderse con Jenkis en vista de las aludidas calidad y actuación de éste y del original de aquel instrumento, máxime si se considera que en la inspección ocular practicada por el Tribunal se estableció que el expresado Jenkis aparece actuando como Gerente de la sociedad demandada en la escritura pública número 493 de veintitrés de marzo de mil novecientos treinta y tres de la misma notaría; c) Porque de las cartas y documentos que ya se analizaron, se deduce rectamente que Moya Tobar, con asentimiento de los representantes de la compañía obró dentro de los términos estipulados en el contrato celebrado con Jenkis, puesto que de otro modo tales cartas carecerían de sentido, y d) y principalmente porque en virtud de lo dicho, el nombre de Jenkis figura en la escritura social como primer suplente del gerente y la cláusula octava de los estatutos, inserta en la escritura de constitución social, estipula que los suplentes pueden ejercer la gerencia aun en las faltas accidentales de la sociedad y por eso, como en la misma cláusula se expresa, el gerente accidental será el representante legal de la compañía.

La compañía demandada debe por lo tanto al demandante el valor de las comisiones devengadas por éste según el contrato de

treinta de enero de mil novecientos treinta y tres celebrado entre Clodwin Cecil Jenkis y el demandante Gabriel Moya Tobar; pero como no está establecido en autos qué lotes fueron vendidos en virtud de las gestiones de Moya Tobar, en juicio especial debe demostrarse ese extremo.

Probado el vínculo contractual, la cesación por obra de la compañía se presume culposa y como ésta, encastillada en su tesis de no haber para ella contrato con Moya Tobar, no probó hecho alguno que justificase aquel despido intempestivo, es decir, su falta de culpa, de conformidad con el artículo 1604 del C. C. prospera la solicitud de perjuicios por incumplimiento de la convención.

El monto o cuantía de estos perjuicios debe establecerse en otro juicio.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa la sentencia recurrida, o sea la dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el treinta de enero de mil novecientos treinta y seis, revoca la del juez de primera instancia y falla así este pleito:

Primero.—Condénase a la Sociedad demandada Urbanización Barrio Inglés S. A., con domicilio en Bogotá, a pagar al demandante Gabriel Moya Tobar la comisión por los lotes de esa sociedad que se acredite fueron vendidos en virtud de las gestiones hechas por el expresado demandante. Esta comisión es la fijada en el contrato de treinta de enero de mil novecientos treinta y tres celebrado entre Clodwin Cecil Jenkis y Gabriel Moya Tobar. La determinación de los lotes vendidos o comprometidos en venta por gestiones realizadas por Moya Tobar se hará por la tramitación establecida en el artículo 553 del C. J.

Segundo.—Condénase a la sociedad demandada Urbanización Barrio Inglés S. A. domiciliada en Bogotá, a pagar al demandante Gabriel Moya Tobar el valor de los perjuicios causados a éste por infracción del contrato a que se refiere el numeral anterior. El valor o monto de esos perjuicios también se determinará en ese juicio.

Tercero.—Sin costas en el juicio ni en el recurso.

Notifíquese, cópiese, 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.

SALA DE CASACION EN LO CRIMINAL

HOMICIDIO.—ASESINATO.—CONDENACION OFICIOSA POR PERJUICIOS.—PRIVACION DE LOS DERECHOS POLITICOS

1.—La condenación oficiosa al pago de perjuicios, por irregular que sea, no constituye motivo de casación. 2.—La pena de privación temporal o perpetua de los derechos políticos ha sido reemplazada por la de suspensión indefinida de los mismos, y ésta puede imponerse en relación con la adquisición de derechos futuros.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, diecinueve de noviembre de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. José Antonio Montalvo)

Cerbeleón Moncada fue condenado a la pena de veinte años de presidio por asesinato en la persona de Juan Becerra, en sentencia proferida por el Juzgado 2º Superior de Bucaramanga, que el Tribunal confirmó.

El defensor del reo interpuso recurso de casación por la causal 5ª, o sea la de injusticia notoria en el veredicto, siendo de advertir que la cuestión fue debatida previamente en las instancias.

Posteriormente el sindicado presentó ante el Tribunal un corto escrito en el cual ratifica el motivo propuesto por su defensor para sustentar la casación; y días después de vencido el término de los traslados en la Corte, elevó a ésta otro memorial en que desarrolla la misma tesis del primitivo alegato, aunque invocando también la causal 1ª sobre violación de la ley penal.

Todos los razonamientos aducidos en pro del recurso tienden a demostrar que ni jurídica ni científicamente existió la premeditación en el homicidio de autos.

El señor Procurador delegado en lo penal se opone a que las pretensiones del recurrente prosperen; pero a su vez, y en ejercicio de la facultad que le otorga el artículo 6º de la ley 118 de 1931, solicita la infirmación del fallo recurrido, fundándose en la causal 1ª, por contener la sentencia una condenación oficiosa al pago de perjuicios, y por imponerle al procesado, no obstante ser menor de veintiún años, la pena accesoria de privación de los derechos políticos.

Para resolver, la Corte examina separadamente los motivos propuestos por el reo y su defesor, y los que alega el señor Procurador delegado.

Notoria injusticia del veredicto

La tesis principal que sostiene el procesado es la de inexistencia de la premeditación; y si incidentalmente alude a la causal 1ª, lo hace porque considera que al prosperar la causal 5ª, ello implica como consecuencia lógica la indebida aplicación de la ley penal.

Desde el auto de proceder se formuló contra el acusado el cargo de premeditación. El juez a quo analiza los testimonios y demás pruebas del sumario, así como los indicios demostrativos de aquella circunstancia. Por su parte el Tribunal, al revisar el enjuiciamiento, concreta la cuestión en los términos siguientes:

"El informativo suministra también algunos valores indiciarios suficientes para cuando llegue la oportunidad formular en el cuestionario la premeditación y algunas circunstancias cualitativas de asesinato, modalidad y circunstancias que están bien deducidas en el auto de proceder materia de la revisión. Con efecto, en las primeras horas de la tarde tuvo lugar un altercado entre Becerra y Moncada, del cual éste se retiró para volver dos horas después armado de escopeta a la casa de aquél; que durante ese intervalo tuvo Moncada tiempo suficiente para madurar su designio y obrar de calculada manera; dijo que había tenido un serio disgusto con Becerra y que se iba porque "tenía venado" y se encaminó en el acto a casa de éste y a pocos momentos descargó sobre él su escopeta y le dio muerte. Además, Moncada sorprendió a Becerra cuando éste se hallaba tranquilo y desapercibido en la cocina de su casa y lo atacó sin darle tiempo para la defensa y sin riesgo ninguno para él desde el momento en que tuvo buen cuidado de esconderse en un cañal y en que un fuerte aguacero amortiguaba cualquier ruido que hiciera en busca del punto adecuado para asegurar el disparo mortal. Y es claro que quien así mata obra con alevosía o a traición y sobreseguro".

En dichas piezas, que obran a folios 46 y 58 del cuaderno 1º, el cargo de premedi-

tación se funda en las pruebas del proceso; de suerte que sobran los razonamientos propuestos por el recurrente para atacar las soluciones del juez, el jurado y el Tribunal con el pretexto de que se basan en la presunción establecida por el artículo 585 del Código Penal.

La Corte acoge los siguiente conceptos que emite el señor Procurador:

"Habiendo sucedido los hechos de la manera que acaba de verse, el jurado no pecó contra la evidencia al aceptar como existente el elemento de la premeditación; y los jueces de derecho obraron acertada y legalmente cuando, al proferir sus condenas, reconocieron que el veredicto no podía estimarse como notoriamente injusto.

"De otra parte, y continuando el examen de este tema dentro del campo exclusivamente legal, no debe olvidarse que el sindicado cometió un homicidio, según parece, movido por las ofensas e injurias que le infirió, algunas horas precedentes al delito, Juan Becerra. Entonces, es de rigor la aplicación del art. 588 del Código Penal.

"Este razonamiento sencillo sirve para comprobar que la causal invocada carece de fundamento.

"En la época del llamamiento a juicio y más tarde dentro de las audiencias públicas, y antes de proferirse la sentencia definitiva, pudo ser oportuno el estudio teórico del fenómeno de la premeditación y la exposición académica de las distintas doctrinas propugnadas acerca de ese elemento que tiene más fisonomía de psicológico que de jurídico.

"Ante la Corte que estudia solamente los fundamentos de la casación, no resulta pertinente estudiar si la definición, dada por Carmiñane sobre la premeditación, y desarrollada por Carrara, es o no acertada, y si tiene fundamentos de actualidad científica. Tampoco es conducente opinar sobre las teorías que sobre este mismo tema expuso Ferri. Se encuentra también fuera del elenco el examen del sistema seguido por nuestro Código, sobre la misma cuestión, para ver si responde a dictados de humana sabiduría, de técnica impecable y de práctica eficaz.

"Se repite, para efectos de la casación, sólo basta ver si los jurados dictaron su veredicto en forma notoriamente injusta, y, ya se dijo que esta palmaria injusticia no aparece en el proceso".

Por lo demás, en el alegato de instancia, reproducido por el defensor al interponer casación, se hace el cargo contra la sentencia del juez, de haber condenado a Moncada por homicidio con premeditación, sin demostrar antes que dicho sujeto obró mediando el espacio de tiempo suficiente para proceder con reflexión.

A este respecto observa la Corte: era al jurado a quien incumbía de manera más propia penetrar en el elemento psicológico y decidir acerca de él; y mal podría exigirse del juez a quo y del Tribunal Superior, que a pesar de haber deducido en el auto de proceder la circunstancia de premeditación, sustentándola en las pruebas del sumario, hallaron luégo notoriamente injusto el veredicto en que los jueces de conciencia venían a confirmar el concepto que los jueces de derecho se habían formado con base en aquellas pruebas.

Por este aspecto también resulta, pues, infundado el cargo contra la sentencia recurrida; y por ende, en la condenación del procesado Moncada, no hubo indebida aplicación de la ley penal.

Condenación oficiosa por perjuicios

Sobre esta materia se ha pronunciado varias veces la Corte del modo siguiente:

"Considera la Procuraduría que el art. 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 como en el presente caso —dice la 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 104 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, ella 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 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".

Privación de los derechos políticos

Para el presente caso, es pertinente repetir lo que en reciente fallo acaba de sentar como doctrina la Corte:

"a) La pena de 'privación temporal o perpetua de los derechos políticos' de que habla el art. 41 del Código Penal ha sido reemplazada por la de 'suspensión indefinida' de los mismos (ley 10 de 1936); y si es verdad, como el señor Procurador arguye, que repugna privar a alguien de lo que no tiene, también es cierto que puede muy bien suspenderse, en calidad de pena, la adquisición futura de derechos;

"b) El mismo art. 41 del Código Penal enuncia como penas accesorias las de privación o suspensión de empleo o de pensión, las cuales se aplican habitualmente en las sentencias, aconteciendo que en la mayoría de los casos el penado no disfruta de empleo ni de pensión cuando se profiere la condena;

"c) Y la pena accesoria de inhabilitación temporal o perpetua para ejercer empleo público que consigna el numeral 2º, artículo 41 del Código Penal, es también una sanción que no viene a recaer sino sobre una mera expectativa".

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 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 Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, fechada el diecisiete de junio de mil novecientos treinta y cinco, que impuso a Cerbeleón Moncada la pena principal de veinte 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 Baños, Srio. en pdad.

DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD

Al reincidente en delitos contra la propiedad no debe aplicársele el aumento de pena establecido por el artículo 142 del Código Penal, sino la relegación en colonia penal y agrícola,' establecida por la ley 105 de 1922. Se infirma la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué que impuso a José Eliseo Cardona la pena de veinte años de presidio y cinco de reclusión por el delito de robo.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, diecisiete de febrero de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. José Antonio Montalvo)

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué confirmó la sentencia del Juzgado 2º Superior del mismo distrito judicial, que impuso a José Eliseo Cardona la pena

de veinte años de presidio y cinco de reclusión por el delito de robo de tres mil trescientos noventa pesos ($ 3,390).

Contra dicho fallo interpuso el procesado recurso de casación en un memorial en donde tan sólo se expresa lo que sigue:

"José Eliseo Cardona, mayor de edad, vecino de este municipio, condenado por sentencia de ese Tribunal en segunda instancia, ejercitando el derecho que confiere la ley 78 de 1923, vengo por medio del presente a interponer, como en efecto lo hago, el recurso de casación penal para ante la Corte Suprema de Justicia, contra la sentencia de ese Tribunal. Señalo como causales para fundar este recurso, las establecidas en los numerales 1º, 3º, 4º y 6º del art. 3º de la ley 118 de 1931 y las demás que la Corte Suprema juzgue pertinentes. La petición que hago está fundada en el art. 5º de la citada ley 118 y me hallo dentro del término establecido en el art. 6º de la misma ley".

Por consiguiente, espero que ese Tribunal se sirva conceder el recurso interpuesto y disponer que el negocio sea remitido a la Corte Suprema".

El procesado no alegó en la Corte; pero ante esta entidad elevó un memorial el doctor Pedro Durán Solano, quien venía figurando como su defensor, escrito respecto del cual dice el señor Procurador General de la Nación que "se limita a emitir conceptos personales y a exponer razones buenas quizá para alegarlas en las audiencias del juicio con el fin de convencer al jurado de la inocencia de su cliente, pero no para fundamentar una demanda de casación".

Y el señor Procurador después de analizar aquellas razones, termina conceptuando que debe mantenerse firme la sentencia recurrida.

Para resolver se considera:

No obstante la deficiencia en la sustentación del recurso, la Corte teniendo en cuenta que el procesado invocó de manera categórica las causales 1ª, 3ª, 4ª y 6ª de casación, ha examinado el asunto a la faz de dichas causales, como pasa a verse.

La causal 6ª, veredicto evidentemente contradictorio, no tiene el más leve asomo de fundamento, porque dicho veredicto tan sólo consiste en la palabra "Sí"; de manera que es imposible hallar contradicción alguna en esa afirmación escueta.

Sobre la causal 4ª, disconformidad de la sentencia con el veredicto del Jurado o con el auto de proceder, basta observar que habiendo los jueces de hecho contestado el cuestionario afirmativamente, los jueces de derecho procedieron en armonía con tal decisión al proferir sentencia condenatoria; y que los cargos, materia del fallo, aparecen formulados en el cuestionario, que es un fiel trasunto del auto de proceder.

En cuanto a la causal 3ª, error en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito, ni el recurrente explica en qué consiste ese error, ni la Corte halla en el proceso fundamento para considerar que la sentencia sea vulnerable por tal motivo.

Causal 1ª Según se acaba de decir al hablar de la causal 4ª, atendido el veredicto que el jurado profirió, la sentencia en este proceso tenía que ser condenatoria, e hizo bien el sentenciador al aplicar los artículos 780 y 785 del Código Penal, lo mismo que al reagravar la pena por reincidencia.

Pero en lo que sí encuentra la Corte indebida aplicación de la ley, es en lo referente a la calificación del delito de Cardona en segundo grado, y al cómputo del aumento por reincidencia, puesto que se hizo a la faz del artículo 142 del Código Penal.

Estimaron el Juez y el Tribunal como circunstancias agravantes, haberse cometido el robo de noche, ser varios los ladrones, y la mala conducta del reo en la prisión, "toda vez que por dos veces (sic) intentó fugarse escalando el local de (sic) cárcel de Chaparral".

Sin entrar en el análisis de prueba sobre los hechos constitutivos de estas circunstancias, según doctrina practicada por la Corte, se procede a examinar si en el presente caso pueden aquellos hechos recibir la calificación jurídica de agravantes.

a) Haberse cometido el robo de noche. Los datos del expediente y, en particular, el dicho del mismo ofendido, dan cuenta de que éste salió de su casa a eso de las seis de la tarde, y que al regresar a ella, como a las ocho, encontró saqueada la caja en donde guardaba el dinero. En tales condiciones, puesto que el robo pudo ocurrir antes de expirar el día, o al menos muy al comienzo de la noche, no surge la característica de esta agravante, que consiste en la indefensión ocasionada por el hecho de que los habitantes de una localidad se entreguen confiadamente al repuso.

b) Ser varios los ladrones. Si el veredicto del jurado declaró responsable como autor principal a Cardona, y apenas como encubridor a Pedro Luis Castañeda, no hay pluralidad de asaltantes, aun cuando sean varios los responsables, lo que implica que no existe jurídicamente esta agravante.

c) Mala conducta del procesado en la prisión. La hace consistir el sentenciador en que dos veces intentó Cardona fugarse; a lo cual observa la Corte que la fuga, o su intento, si apareja consecuencias penales que le son inherentes como hecho específico, no puede aducirse además en calidad de agravante por mala conducta; máxime en el presente caso, ya que los intentos de fuga ocurrieron cuando Cardona se hallaba cumpliendo condena por un delito anterior al que motivó este proceso.

No teniendo, pues, el carácter jurídico de agravantes las tres circunstancias erróneamente apreciadas como tales por el sentenciador, el recurso debe prosperar por este aspecto de la causal 1ª, o sea por indebida aplicación de los artículos 123 y 124 del Código Penal.

De conformidad con el artículo 4º de la ley 118 de 1931, al invalidar el fallo toca a la Corte dictar el que deba reemplazarlo, y a ello se procede.

Calificada en tercer grado la delincuencia, como así se califica, al computar la pena de acuerdo con los artículos 780 y 785 del Código Penal, debe imponerse a Cardona la de doce años, nueve meses de presidio; pero como es reincidente por primera vez, tendrá que ser relegado además, a una colonia penal y agrícola por tres años, de conformidad con el artículo 2º de la ley 105 de 1922.

Y en cuanto a la forma de cumplirse la pena, se procederá al tenor del artículo 3º de la ley que acaba de citarse; es decir, que del total de quince años, nueve meses de pena privativa de la libertad que corresponde a Cardona, cumplirá dos años en presidio y el resto en la colonia penal a que sea destinado.

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 parcialmente la sentencia proferida por el Tribunal del Distrito Judicial de Ibagué el veintiocho de octubre de mil novecientos treinta y cinco, en cuanto allí se impone a José Eliseo Cardona la pena principal de veinte años de presidio y cinco de reclusión, y en su lugar condena al mismo José Eliseo Cardona a sufrir la pena de dos años de presidio que cumplirá en el lugar de castigo que el Gobierno designe; y la de trece años nueve meses de relegación en una colonia penal y agrícola también designada por el Gobierno.

Como parte cumplida de estas penas se computará el tiempo que el reo haya permanecido en detención o prisión preventiva.

Condénase además a José Eliseo Cardona a la pérdida de todo empleo público y de toda pensión, a quedar privado por tiempo indefinido del ejercicio de los derechos políticos, al pago de las costas procesales, y a quedar sujeto a la vigilancia de las autoridades por un año luégo que haya cumplido las penas de presidio y reclusión.

El Juzgado de origen 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 Mateo Ramos, Srio. en pdad.

NO PUEDE ESTIMARSE QUE EL VEREDICTO DEL JURADO IMPLIQUE MODIFICACION AL CARGO DE HOMICIDIO VOLUNTARIO

No se invocó la causal 4ª de casación. Y en cuanto a la causal 1ª alegada, es injusto el reparo de no haber definido el sentenciador el punto de la riña, que el veredicto menciona; porque en la sentencia recurrido se establece que la riña, si la hubo, fue indiscutiblemente provocada por los homicidas.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, enero veintinueve de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Alejo Rodríguez)

El veintiséis de julio de mil novecientos treinta y cinco el Juzgado 2º Superior del distrito judicial de Bucaramanga sentenció a Hipólito, Antonio y Luis Guillermo Bara-

jas y Gustavo Quintero, como autores de homicidio simplemente voluntario perpetrado en la persona de Cruz Rojas y calificada la delincuencia en grado medio, a sufrir cada uno la pena principal de nueve años de presidio.

Para imponer esta condenación el Juzgado del conocimiento tuvo por base sendos cuestionarios en los cuales se preguntó al Jurado sobre si los acusados eran responsables de haber dado muerte a Cruz Rojas, y si en la ejecución de este hecho, ocurrido en las últimas horas de la tarde del 4 de febrero de 1933, en el barrio de La Laguna, de la ciudad de Piedecuesta, obraron aquéllos con intención de dar muerte.

El Jurado contestó a cada una de estas cuestiones: "Sí, pero en riña".

Apelada tal providencia, el Tribunal Superior de Bucaramanga la confirmó por medio de la sentencia proferida el veintiséis de octubre de mil novecientos treinta y cinco, contra la cual los defensores de los reos interpusieron casación, siendo de advertir que por parte del procesado Gustavo Quintero el recurso no se fundó.

Concedido que les fue y surtidos en esta Sala los trámites correspondientes, es el caso de resolver, y a ello se procede.

El señor defensor de los Barajas fundamenta el recurso en la causal 1ª, o sea la violación de la ley penal, y de su alegato se destacan los siguientes pasajes:

"Se violó la ley penal, interpretándola erróneamente al aplicar una pena fundada en los artículos 587 y 600 del C. P., sin tener en cuenta para nada el artículo 602 de la misma obra.

El cuestionario propuesto a los miembros del Jurado fue resuelto afirmativamente y de manera uniforme para todos los procesados, agregándosele la modalidad de la riña. 'Sí, pero en riña', dijeron los jueces de conciencia. Esta modalidad no la tomó en cuenta para nada el H. Tribunal, y no la tomó porque no la clasificó en ninguna de las riñas que contempla nuestra legislación penal. En ella se encuentran definidas y castigadas de manera precisa tres clases de riña: la casual, la provocada por el que murió y la iniciada por el procesado. Existiendo la riña, necesariamente tiene que estar dentro de una de esas tres calificaciones, ya que nuestra ley no contempla el solo homicidio en riña. Al juez de derecho le quedaban enfrente de esta respuesta dos caminos: o interpreta los demás elementos del proceso y deduce la clase de riña que hubo, o convoca de nuevo al jurado para que diga la riña y sus condiciones. La defensa pidió este último, pero el Juzgado lo negó por considerarlo innecesario; entonces era lo lógico suponer que el juzgador interpretaría las declaraciones que aparecieron en el sumario y en el plenario.

. . . . . .

"Esa H. Corte de Justicia dijo ya: 'Cuando el veredicto del Jurado es defectuoso...; ya en cuanto a la respuesta del jurado por ser dudosa o equívoca, la Corte debe infirmar la sentencia y ordenar que el juez proceda en el interrogatorio de acuerdo con lo preceptuado por la ley' (T. II. 2599). Y como aquí, habiendo un asunto dudoso o equívoco, es decir, la clase de riña existente, el juzgado se negó a someter nuevo cuestionario al Jurado, creo que debe infirmarse la sentencia para dar cumplimiento al artículo 310 de la ley 57 de 1887 y dar lugar al Jurado para que aclare convenientemente esa clase de riña que afirmó".

La Corte observa:

En el fondo la tesis del recurrente contempla una falta de acuerdo entre la sentencia y el veredicto, punto que no puede entrar a examinar la Corte, porque en el régimen actual de casación —ley 118 de 1931— ese reparo es materia de la causal 4ª, o sea, estar la sentencia "en desacuerdo con el veredicto del jurado", causal ésta que no se ha invocado en el presente recurso.

La cita que hace el recurrente de la sentencia proferida por la Corte el 28 de julio de 1909 (GACETA JUDICIAL, Tomo XXV, páginas 115 a 117), no es pertinente al caso que hoy se estudia. El artículo 154 de la ley 40 de 1907, vigente entonces, y en el cual se señalaban las causales de casación, decía en su numeral 1º:

"Ser la sentencia violatoria de la ley sustantiva penal, por haberse aplicado al reo la pena capital fuéra de los casos determinados por la ley.

La Corte, al considerar esta causal, debe atenerse al veredicto del jurado, que forma plena prueba sobre los hechos, salvo lo que dispone en la regla 2ª".

Y si bien es cierto que en la mencionada sentencia se confrontó un caso de veredicto dudoso, y el recurso prosperó por la causal 1ª, la Corte obró allí con apoyo en la disposición que acaba de copiarse, en cuya virtud la sola deficiencia del veredicto era motivo de casación por esta causal, en tratándose de sentencias que impusieron pena de muerte; pero tal no ocurre hoy, cuando la ley 118 de 1931 establece en la causal 4ª, como motivo específico de casación, la discrepancia entre la sentencia y el veredicto.

Descartado, pues, este aspecto de la cuestión, y aceptando, por consiguiente, la sentencia como acorde con el veredicto, la Corte tiene que limitarse a estudiar aquélla a la faz de la debida o indebida aplicación de la ley penal, es decir, ante la causal 1ª de la ley 118 de 1931 alegada por el recurrente.

Sostiene el recurrente que "se violó la ley penal, interpretándola erróneamente al aplicar una pena fundada en los artículos 587 y 600 del C. P., sin tener en cuenta para nada el artículo 602 de la misma obra". Y como arriba se vio, arguye que habiendo dicho el jurado que la muerte de Cruz Rojas se produjo en riña, sin que el veredicto explique nada sobre quién la provocó o quién la promovió, el juez sentenciador ha debido hacer que el jurado aclarara su veredicto, o decidir acerca de este punto de acuerdo con las pruebas del expediente que, en sentir del señor abogado, señalan al occiso como provocador.

Respecto de la no aclaración del veredicto, observa la Corte que aun suponiendo ilegal esa omisión para este caso, ello podría constituir violación de un canon procedimental, pero no el quebrantamiento de la ley penal, que es a lo que se refiere la causal 1ª; con tanto mayor razón cuanto que ni siquiera se mencionaron las causales que tratan concretamente del veredicto del jurado.

Y es injusto el reparo de no haber definido el sentenciador el punto de la riña que el veredicto menciona, calificándola en alguna de las tres categorías que la ley contempla; porque la sentencia del Tribunal, además de hacer un análisis de las pruebas, dice de manera enfática lo siguiente:

"El jurado consideró que el homicidio se había cometido en riña. La Corte Suprema de Justicia, en muchísimas ocasiones ha dicho que cuando el veredicto está concebido en esos términos debe darse aplicación al artículo 600. Para poder dar aplicación al artículo 602 es menester que el jurado consigne en su respuesta todos y cada uno de los elementos que esa disposición consagra. Y mal podía el jurado hacer un semejante reconocimiento en el veredicto cuando está demostrado con pruebas muy abundantes que la riña, si la hubo, fue indiscutiblemente provocada por los Barajas, y entonces la riña, lejos de ser una circunstancia favorable, los perjudica más todavía si fuera a darse estricta aplicación al artículo 585 del C. Penal".

De forma que el sentenciador sí confrontó el elemento riña, y decidió expresamente que no debía ella considerarse mitigadora de la responsabilidad, sino más bien agravante de la misma; y en estas condiciones, la riña de que habló el jurado no cambia la calidad de simplemente voluntario del homicidio cometido por los procesados, lo cual obliga al Tribunal a aplicar el artículo 600 del Código Penal, como efectivamente lo aplicó en la sentencia.

No estando, pues, afectado el fallo por indebida aplicación de la ley penal, el recurso no puede prosperar por los aspectos presentados por el recurrente, y que se refieren todos a la causal 1ª

El señor Procurador Delegado en lo penal, quien se manifiesta en el sentido de las anteriores conclusiones de la Corte, conceptúa sin embargo, que es el caso de casar parcialmente el fallo, por la causal 1ª, con base en dos motivos, a saber:

a) Que el Tribunal aplicó erróneamente el artículo 42 del Código Penal, al condenar a Luis Guillermo Barajas a la pérdida de los derechos políticos, siendo éste menor de edad; y

b) Que también aplicó indebidamente la ley penal al condenar de modo oficioso a los acusados al pago de perjuicios provenientes del delito, violando con esa condenación los artículos 22 de la ley 104 de 1922 y 87 del Código Penal.

Por lo que hace a la pena de suspensión de los derechos políticos tratándose de un menor, en sentencia de tres de noviembre último dijo la Corte:

"a) La pena de 'privación temporal o perpetua de los derechos políticos' de que habla el artículo 41 del Código Penal ha sido reemplazada por la de 'suspensión indefinida' de los mismos (ley 10 de 1936); y si es verdad, como el señor Procurador arguye, que repugna privar a alguien de lo que no tiene, también es cierto que puede muy bien suspenderse, en calidad de pena, la adquisición futura de derechos;

"b) El mismo artículo 41 del Código Penal enuncia como penas accesorias las de privación o suspensión de empleo o de pensión, las cuales se aplican habitualmente en las sentencias, aconteciendo que en la mayoría de los casos el penado no disfruta de empleo ni de pensión cuando se profiere la condena; y

"c) La pena accesoria de inhabilitación temporal o perpetua para ejercer empleo público que consigna el numeral 2º, artículo 41 del Código Penal, es también una sanción que no viene a recaer sino sobre una mera expectativa".

En cuanto a la condenación oficiosa por perjuicios, se transcribe a continuación lo dicho por la Corte en fallo de 21 de agosto de 1935:

"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 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".

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, declara que no es el caso de infirmar, y no infirma, la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga, fechada el veintiséis de octubre de mil novecientos treinta y cinco, que impuso a Hipólito, Antonio y Luis Guillermo Barajas, y a Gustavo Quintero, la pena principal de nueve años de presidio por el delito de homicidio.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la GACETA JUDICIAL, y devuélvase el expediente.

Pedro Alejo Rodríguez, José Antonio Montalvo, Salvador Iglesias. Alberto Malo B. Secretario.

CLASE DE PRUEBA QUE SE REQUIERE PARA LOS CAMBIOS DE RADICACION

La Corte al conceptuar sobre cambios de radicación, se ha inspirado en el alto propósito de conseguir simultáneamente dos objetivos: La intangibilidad del buen nombre del Poder Judicial, a la vez que la remoción de cualquier motivo alegado como perturbador de la serena marcha de un proceso, aun cuando tal motivo sólo resulte fundado subjetivamente.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Alejo Rodríguez)

ACUERDO Nº 41

En Bogotá, a dieciséis de noviembre de mil novecientos treinta y seis, reunidos los señores magistrados doctores José Antonio Montalvo, Salvador Iglesias y Pedro Alejo Rodríguez, quienes integran la Sala de Casación en lo Criminal de la Corte Suprema de Justicia, aprobaron el siguiente acuerdo, cuyo estudio como ponente correspondió al magistrado doctor Rodríguez:

El señor José R. Vergara se dirigió al Ministerio de Gobierno para solicitar el cambio de radicación o traslado de un proceso criminal contra los señores Jorge Enrique y Manuel María Garcés por estafa y abuso de confianza, proceso que cursa ante el Juzgado 2º Superior de Bogotá y en el cual el señor Vergara interviene como acusador particular.

Pide el señor Vergara que "se decrete el traslado o radicación del sumario arriba mencionado a otro de los juzgados superiores de los distritos judiciales del país"; y al concluir su memorial dice que debe ordenarse "la radicación o traslado de este proceso en otro distrito judicial lejos de este ambiente de intrigas y componendas vituperables".

El Ministerio de Gobierno en oficio Nº 6943, fechado el 31 de octubre último, solicita de la Corte que emita concepto sobre

este cambio de radicación, de conformidad con los artículos 39 de la ley 105 de 1931 y 8º de la ley 50 de 1933.

En apoyo de su solicitud, relata el señor Vergara varios incidentes ocurridos en la tramitación del sumario contra los señores Garcés, comentándolos en el sentido de considerar tortíceras algunas providencias allí dictadas e irregular el procedimiento; narra cierto episodio acaecido en una diligencia de reparto del negocio en el Tribunal Superior de Bogotá, y alude a un memorial que el mismo peticionario dirigió protestando contra el magistrado doctor Dionisio Arango Vélez, de quien dice el señor Vergara que lanzó contra él cargos y palabras injuriosas en esa diligencia.

Llama especialmente la atención el señor Vergara hacia la circunstancia de que uno de los defensores de los sindicados es el doctor Carlos Arango Vélez, hermano del doctor Dionisio Arango Vélez, presidente del Tribunal Superior de Bogotá y miembro de la Sala Plena del mismo. Dice además:

"Es de pública notoriedad para litigantes y empleados del Palacio de Justicia, que los magistrados y jueces, con excepciones muy honrosas, por una o por otra razón se han visto obligados a conservar en sus puestos al viejo personal de secretarios y sustanciadores por su versación y entrenamiento, y que éstos, salvo los casos honrosos a que me refiero, encargan a sus sustanciadores o secretarios de la preparación de los autos. En el caso que me ocupo, el sustanciador del magistrado ponente doctor Arévalo, que conoció (y volvería a conocer del auto de calificación), del auto de apelación del Juez 4º de Policía, es hermano del secretario del Juzgado 2º del Circuito —Galvis Alvarez—. De manera que un hermano interviene en la preparación de los autos de arriba y el otro hermano hace otro tanto en la preparación de los autos de abajo, lo que si no constituye una irregularidad legal sí es una irregularidad moral altamente inconveniente y con mayor razón si se tienen en cuenta los hechos de que hablan las declaraciones adjuntas y la relación verídica y cronológica que he venido haciendo...."

Aduce por otra parte el solicitante los testimonios de los señores Marco T. Anzola Samper y Enrique Ponce P., quienes aseveran haber escuchado conferencias telefónicas entre el señor Manuel María Garcés, de Cali, y sus abogados desde Bogotá, doctores Carlos Arango Vélez y Hernando Uribe Cualla, de los cuales testimonios se destaca el siguiente pasaje, que se toma textualmente de la declaración del señor Ponce:

"Es verdad y me consta, por las mismas razones y circunstancias de que se trata en el punto segundo, que oí también la conversación telefónica de larga distancia ocurrida en la noche del día ocho del pasado mes de julio entre el doctor Carlos Arango Vélez en Bogotá y Manuel María Garcés en Cali, cuyas partes importantes fueron como siguen: 'Arango Vélez dijo a Manuel María Garcés que no convenía seguir usando el teléfono, que había que estar muy prevenidos y rodearse de todas las precauciones en tanto se buscaban otros medios de comunicación, pues estaban sucediendo cosas muy raras que iban a conocimiento de los Vergara. Manuel María Garcés contestó que eso era evidente y que había que tener sumo cuidado; que él tenía tres copias del alegato; que el doctor Ignacio Rengifo las había estudiado y que se había manifestado en términos muy elogiosos para el doctor Arango Vélez y que tenía mucha fe en su gran talento y competencia; que el alegato era admirable; que tenía el concepto de doce abogados verdaderas personalidades, entre los cuales estaban los doctores Escarpeta, Olano y Rengifo y que pensaba publicarlos para que el público los conociera. Arango Vélez contestó: que le parecía muy bien, pero que no debía hacer publicaciones hasta después de que saliera el fallo favorable; que tenía grande optimismo y seguridad en el fallo falvorable del Tribunal, el cual debía salir en esta semana o en la próxima y agregó que tenía dos magistrados favorables y uno en contra, mencionó en seguida los nombres de Morales Peña, Rodríguez y Arévalo, pero en este momento hubo una interrupción; que el nuevo examen grafológico que se había conseguido con el fiscal se daría de un momento a otro y que en eso se estaba ocupando activamente Uribe Cualla. Nombró al doctor Echeverri Duque, pero vino una nueva interrupción en el aparato y no se pudo oír esa parte. Manuel María Garcés, manifestó que era urgente e importante hacer esa diligencia o cierta diligencia mañana mismo (el jueves). Arango Vélez contestó que sí y entre mañana y pasado mañana (jueves y viernes) se ocuparían con todo interés de ese asunto que también le parecía muy importante".

La Sala considera:

En materia de cambios de radicación, de conformidad con el inciso 3º, artículo 39 de la ley 105 de 1931, la Corte "basa su concepto en los comprobantes que se presenten con la respectiva solicitud dirigida al Gobierno por el interesado".

Si esta disposición tuviera que tomarse en el sentido de que las pruebas de que allí se trata hubiesen de prestar mérito como para que un juzgador de derecho, en el plano de la justicia conmutativa, es decir, en el de condenar o absolver, les atribuyera la calidad de plenas, en el caso actual, lo mismo que en la mayoría de los que se presentan, la documentación aducida no sería suficiente para dar un concepto favorable al cambio de radicación. En efecto:

Con relación a las irregularidades que según el señor Vergara ocurrieron a propósito de la excarcelación de don Jorge Enrique Garcés, no hay copia, certificación, ni prueba de otra clase, mediante las cuales la Corte pudiera saber con precisión cuál fue el trámite que se dio a ese incidente.

No hay prueba legal de que el magistrado doctor Dionisio Arango Vélez lanzara expresiones injuriosas contra el señor Vergara en una diligencia de repartimiento en el Tribunal; ni está acreditado el parentesco entre el auxiliar del magistrado doctor Edilberto Arévalo y el secretario del juez doctor Bernardo Galvis Alvarez; así como tampoco que sean esos dos empleados subalternos quienes elaboran las providencias que suscriben los referidos juez y magistrado.

No es idónea la prueba testimonial referente a la conversación telefónica habida el ocho de julio del año en curso entre el doctor Carlos Arango Vélez, de Bogotá, y el señor Manuel María Garcés, de Cali, porque esa prueba sólo haría fe en cuanto a que los testigos escucharon ciertas frases, pero no en lo tocante al contenido mismo de ellas, ni al hecho de que en realidad fueron los señores Arango Vélez y Garcés los que en aquel momento se comunicaran telefónicamente de una a otra de las dos ciudades mencionadas.

Hay más: En parte alguna resulta satisfactoriamente explicada la coincidencia de haberse podido escuchar, por el teléfono de la casa del señor Vergara, la conversación a larga distancia que se atribuye a los señores Arango Vélez y Manuel María Garcés. La Sala no podría aceptar, pues, como base de su criterio, ese espionaje, de realidad muy discutible.

Si lo que se pretende por estos medios es sugerir el cargo de prevaricato contra los jueces y magistrados de Bogotá, o cuando menos tildarlos de parciales en el proceso de los señores Garcés, la Corte rechaza esas posibles sugestiones, y repite ahora, en guarda del respeto a que son acreedores tales funcionarios, lo que expresó con fecha 18 de septiembre de 1935, acerca de otra solicitud sobre cambio de radicación:

"También hace el señor Sarquis en su solicitud cargos a las autoridades judiciales de Neiva, en relación con las actuaciones del proceso, con cierta acritud apenas disculpable en quien soporta el gran dolor ocasionado por la pérdida de un hijo.

"La Corte reafirma su confianza en la rectitud e imparcialidad de los jueces y magistrados de Neiva, como en la de todos los funcionarios del orden judicial en el país, a quienes estima ampliamente capaces para perseguir y castigar los delitos que por quien quiera y contra cualquiera se cometan en el territorio de su jurisdicción, y, por tanto, su concepto sobre el cambio de radicación que aquí se estudia, no lo emite la Sala con criterio alguno de duda acerca de la probidad de aquellos jueces.

"Pero desde que, según los documentos que se tienen a la vista, en realidad no es sereno el ambiente en Neiva para el esclarecimiento de los hechos de que se trata, la Corte, con mira a la recta administración de justicia, considera que bien puede determinarse en el sentido de que la investigación y juzgamiento de los hechos relacionados con la muerte del señor Amín Sarquis, se surta en otro de los distritos judiciales de la República".

Como se ve, la Corte al conceptuar sobre cambios de radicación, se ha inspirado en el alto propósito de conseguir simultáneamente dos objetivos: La intangibilidad del buen nombre del Poder Judicial, a la vez que la remoción de cualquier motivo alegado como perturbador de la serena marcha de un proceso, aun cuando tal motivo sólo resulte fundado subjetivamente.

La Corte estima que ésta no es atribución en la cual ella obre como entidad falladora, sino que se trata de una delicada misión que el legislador le ha confiado, para ilustrar el criterio del Gobierno acerca de una medida cuya finalidad se endereza a regular, en circunstancias especiales, el mejor funcionamiento de los órganos judiciales del Estado.

En estas condiciones, no se requiere que los comprobantes de que habla la ley y en los cuales debe basar la Corte su concepto, tengan el carácter de prueba plena y perfecta para demostrar hechos que además, por la naturaleza de las cosas, resultarían en muchas ocasiones imposibles de probar. Basta con que de aquellos comprobantes se capte una impresión de conjunto, ora sobre las actuaciones de los jueces, ya sobre irregularidades en el procedimiento, o acerca

del ambiente judicial o público, para que la Corte pueda aconsejar el traslado de un proceso ante otros jueces, respecto de quienes no tengan aprensión alguna los interesados.

La misma categoría tienen todos los tribunales y juzgados superiores de los distritos judiciales del país; y por estas o semejantes razones, frecuentemente la Corte ha conceptuado que deben trasladarse a otra parte, procesos seguidos en San Gil, en Cartagena, en Cali, Neiva, Bucaramanga, etc.

Con tal criterio, informado en el espíritu permanente de garantizar los derechos individuales, la medida sobre cambio de radicación redundará en beneficio de los mismos jueces, a quienes se descarga del conocimiento de un asunto que ya se hizo embarazoso para ellos; de las partes, pues el proceso queda a salvo de cualesquiera sugerencias; y, en una palabra, de la recta administración de justicia, que es el fin que se propuso la ley al establecer este recurso.

En el caso que se estudia, la Corte advierte, por los documentos presentados, de cuyos detalles se habló arriba, un ambiente de zozobra y recíproca suspicacia entre las partes para la prosecución en Bogotá del asunto del señor Vergara contra los señores Garcés; y en esa virtud considera que debe accederse al cambio de radicación, dejando en su honra y fama a cuantos funcionarios y abogados allí han intervenido.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, emite concepto favorable al cambio de radicación que solicita el señor José R. Vergara.

Cópiese en el libro respectivo, devuélvase el expediente al Ministerio de Gobierno y publíquese en la GACETA JUDICIAL.

En constancia se firma este acuerdo por los señores magistrados y el secretario de la Sala.

José Antonio Montalvo, Salvador Iglesias, Pedro Alejo Rodríguez. — Alberto Mato B., Srio. en pddad.

ASESINATO.—INJUSTICIA NOTORIA DEL VEREDICTO

1.—La cuestión referente a injusticia notoria del veredicto no puede considerarse en casación sino cuando ella fue debatida en las instancias del juicio. 2.—El debate sobre la notoria injusticia del veredicto no puede identificarse con la simple discusión que haya surgido dentro del proceso sobre los distintos aspectos o elementos del delito.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá tres de marzo de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. José Antonio Montalvo)

Luis E. Chaparro y Guillermo Olarte, condenados por el Juzgado 1º Superior de San Gil a la pena de veinte años de presidio, como responsables del delito de asesinato, han recurrido en casación contra la sentencia del Tribunal del mismo distrito, que confirmó el fallo del juez a quo.

Invocan las causales 1ª y 5ª en el escrito por medio del cual interpusieron el recurso; y su apoderado ante la Corte alega además de éstas, la causal 3ª.

El señor Procurador General de la Nación opina que debe mantenerse firme la sentencia recurrida.

Para resolver, la Corte procede a estudiar por separado cada una de las causales invocadas.

Causal 5ª—Notoria injusticia del veredicto.

No se podría entrar en un examen a fondo sobre tal motivo de casación, porque la ley 118 de 1931 exige como condición previa indispensable para ello, la que de "esta cuestión haya sido debatida previamente en las instancias", lo cual no ocurrió en el proceso finalizado por la sentencia que está al estudio de la Corte.

Se esfuerza el señor apoderado de los recurrentes por demostrar "que sí se debatió previamente la cuestión en los autos, como lo exige la ley 118, y al efecto consta que el señor defensor, doctor Jorge Gómez Silva, analizó ampliamente la inexistencia de la premeditación, como puede verse en el acta de la audiencia, folio 92". Y agrega que el fiscal en su vista, el juez en el auto de proceder, y el Tribunal en su sentencia, debatieron el punto de la premeditación.

Fácil es advertir cómo el debate sobre la notoria injusticia del veredicto no puede identificarse con la simple discusión que haya surgido dentro del proceso sobre los distintos aspectos o elementos del delito.

Además, sería ilógico decir que hubo debate sobre la injusticia notoria del veredicto por cuanto el defensor alegó en determinado sentido durante la audiencia, o sea, antes del pronunciamiento del jurado.

No prospera, pues, el recurso por esta causal.

Causales 1ª y 3ª—Indebida aplicación de la ley penal y error en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito.

Los recurrentes no exponen con la debida separación los argumentos relativos a estas dos causales.

No podría prosperar el recurso por la causal 1ª, que el apoderado de aquéllos endereza a procurar una condenación por homicidio simplemente voluntario, porque si el cargo de premeditación se dedujo en el auto de proceder y se formuló al jurado en el cuestionario, la respuesta afirmativa de éste obligaba al sentenciador a aplicar las disposiciones del Código referentes a homicidio premeditado, salvo el caso de que hubiese considerado notoriamente injusto el veredicto, lo cual no ocurrió aquí.

En cuanto a la causal 3ª, analizando el apoderado de los recurrentes las diligencias de autopsia de Damián Ardila, dice que los peritos no fueron juramentados, que aun cuando el dictamen aparece firmado por dos personas, el texto mismo está redactado en singular, y que esta irregularidad es una violación del artículo 1699 del Código Judicial, "sea dentro de la causal 1ª, dentro de la 2ª o de la 3ª de la ley 118 de 1931".

Dice también que "falta uno de los elementos esenciales referidos por el artículo 1656 del Código Judicial para condenar, y que, por tanto, ha existido un error o falla fundamental en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito".

Sobre estos reparos, la Corte observa que ellos resultan inocuos ante lo dispuesto por el artículo 157 de la ley 40 de 1907, conforme al cual el cuerpo del delito puede comprobarse por diferentes medios, v. gr., el examen que se haga por facultativos o peritos, la declaración de testigos que hayan visto o sepan de otro modo la perpetración del hecho, y aun por indicios necesarios o vehementes que produzcan el pleno convencimiento de dicha perpetración.

En el caso de autos obran múltiples elementos de convicción sobre la muerte violenta de Damián Ardila, como efecto natural e inmediato de graves y numerosas heridas que le causaron Guillermo Clarte y Luis E. Chaparro. Hubo testigos presenciales del hecho, obra en autos la partida de defunción, y aun prescindiendo de la intervención que tomaron los peritos en la autopsia, habría que apreciar esta diligencia por lo menos como una acta oficial demostrativa de la existencia y calidad de las heridas, de donde se infiere que tampoco puede prosperar el recurso por la causal 3ª

Y siendo así que deficiencias como la que el señor apoderado señala en relación con el juramento de los peritos en la diligencia de autopsia no implican nulidad en el procedimiento, es del todo improcedente también la causal 2ª, aludida de modo incidental en el alegato que se estudia.

Conviene anotar que ante la Corte elevó un memorial el procesado Luis E. Chaparro en que manifiesta ser responsable único del delito, afirmando a la vez que Guillermo Olarte es inocente. Tal escrito, que trata de plantear el examen de un punto propio de las instancias y ajeno a las facultades legales de la Corte dentro del recurso de casación, está por otra parte en oposición con las pruebas que obran en el expediente.

A mérito de lo expuesto 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 que no es el caso de infirmar y no INFIRMA la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil, fechada el veintisiete de noviembre de mil novecientos treinta y cinco, que impuso a Guillero Olarte y Luis E. Chaparro la pena de veinte años por el delito de asesinato en la persona de Damián Ardila.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente.

José Antonio Montalvo, Salvador Iglesias, Pedro Alejo Rodríguez. Alberto Malo Baños, Srio. en pdd.

SE ORDENA LA DEVOLUCION DEL PROCESO PARA FALLO DE INSTANCIA

Cuando se invalida la sentencia recurrida por la causal 3a. la Corte absuelve al procesado o remite el expediente a la autoridad competente para que ésta conozca, si a juicio de la Corte se hubiere cometido otro delito. Como cuando se casó el fallo no absolvió la Corte al procesado, lo procedente es la devolución del proceso al Tribunal de su origen para el fallo correspondiente, ya que el proceso carece de él en la actualidad.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, marzo diez de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente, Dr. Salvador Iglesias).

Sibel Murillo fue condenado por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo el 21 de junio de 1934 a la pena principal de veinte años de presidio y cinco de reclusión, por el delito de envenenamiento en la persona de su mujer legítima Eloísa Cobos, hecho ocurrido en la vereda de "Obejeras", Municipio de Jericó, Departamento de Boyacá.

El reo interpuso recurso de casación que fue resuelto por la Corte en sentencia de 25 de enero de 1935, así:

"1º Declárase infundada la causal primera alegada por el apoderado del recurrente, y desierta la de injusticia notoria, invocada por el procesado sin sustentarla.

"2º Cásase la sentencia recurrida, por virtud de la causal propuesta en segundo término por el abogado del recurrente, o sea por la contenida o prevista en el ordinal 3º del artículo 3º, Ley 118 de 1931, esto es, por error en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito; y en su lugar dispone:

"Para mejor proveer decrétase la prueba pericial consistente en obtener un dictamen más preciso sobre el cuerpo del delito de envenenamiento, para lo cual se pasará el expediente original a la Oficina Central Médico-Legal de Bogotá, a fin de que teniendo a la vista los elementos procesales que considere más pertinentes a su estudio y principalmente en presencia del análisis químico-toxicológico y del dictamen de los Médicos Legistas de Tunja, dictamine sobre los puntos siguientes:

"1º Si es indiferente o nó la cantidad de mercurio extraída de las vísceras de la difunta Eloísa Cobos, para llegar a la conclusión a que han llegado los peritos de Tunja, o si es menester fijar la dosis mínima; y en este supuesto, cuál es o debe ser esa dosis; y

"2º Si la presencia de mercurio hallado en las vísceras en la cantidad encontrada en el caso que se contempla indica precisamente un envenenamiento por sales mercuriales tóxicas, o si puede admitirse que hubieran sido sales no tóxicas".

Como están practicadas las diligencias que se decretaron en el anterior auto para mejor proveer, incumbe ahora a la Corte determinar lo que es procedente en la situación actual del proceso.

Previo un detenido estudio que se ha hecho de las argumentaciones aducidas por el señor apoderado de Sibel Murillo, doctor Augusto Ramírez Moreno, la Corte observa:

Lo relativo a las causales 2ª y 5ª invocadas por el recurrente, es materia que quedó resuelta en definitiva en la sentencia de la Corte de que se ha hecho mérito.

Y puesto que la sentencia del Tribunal de Santa Rosa fue infirmada por la causal 3ª, no le toca hoy a la Corte, de acuerdo con el inciso 3º del artículo 4º, Ley 118 de 1931, dictar la que ha de reemplazarla, porque esto sólo sería pertinente si la casación se hubiese verificado en virtud de alguna de las causales 1ª, 4ª o 6ª, o sea en los casos en que la Corte, al casar un fallo, emite su pronunciamiento en reemplazo de la decisión de instancia. El citado artículo de la Ley de 1931 ordena que al casarse una sentencia por la causal 3ª la Corte absuelva al procesado, o devuelva el expediente a la autoridad competente para que ésta conozca si a juicio de la Corte es otro el delito cometido, pero en aquella disposición no se ordena que la Corte dicte el fallo que debe reemplazar al infirmado.

Ahora bien: El procesado no fue absuelto en el fallo de casación dictado por la Corte; y como de las pruebas ordenadas en el auto para mejor proveer no resulta que se hubiera cometido otro delito, la Sala se encuentra ante una situación creada por aquel fallo de la Corte, cuya única solución es la de determinar en el sentido de que el Tribunal de instancia dicte nuevamente sentencia, ya que en la actualidad el proceso carece de ella, infirmada como se halla la anterior.

Tal solución no sólo es impuesta por la lógica, sino que resulta acorde con las normas legales que regulan el procedimiento en materia de casación. En efecto: el artículo 9º de la Ley 78 de 1923 prescribe que se apliquen en materia criminal las disposiciones de la casación civil vigentes entonces; y tanto por esta razón como porque en caso de vacío en el procedimiento penal se observan los preceptos análogos del procedimiento civil (artículo 2021 del Código Judicial), resulta indicado en este negocio la aplicación de los artículos 539 y 540 de la Ley 105 de 1931, el segundo de los cuales estatuye que en situaciones similares de la casación civil, "la Corte declara en que estado queda el juicio y dispone que se envíen los autos al Tribunal de su origen, o a otro que esté próximo a éste, para que dicte nuevo fallo, o determine lo procedente con arreglo a derecho".

En 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, ordena devolver este expediente al Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo para que teniendo en cuenta las diligencias practicadas en virtud del auto para mejor proveer de la Corte, profiera de nuevo sentencia de segunda instancia.

Cópiese, notifíquese y publíquese en la GACETA JUDICIAL.

Salvador Iglesias. José Antonio Montalvo, Pedro Alejo Rodríguez. Alberto Malo B., Srio, en pdd.

ACTA DE VISITA

República de Colombia.—Corte Suprema de Justicia.—Casación en lo Criminal.—Secretaría.

En Bogotá, a primero de marzo de mil novecientos treinta y siete, se presentó en la secretaría de la Sala de Casación en lo Criminal de la Corte Suprema de Justicia el señor Magistrado Presidente de la misma, doctor José Antonio Montalvo, con el fin de practicar la visita correspondiente al pasado mes de febrero.

Examinados los libros que se llevan en la oficina se obtuvo el siguiente resultado:

Existencia del mes de noviembre de 1936	222
Entrados desde el primero de diciembre de 1936 hasta la fecha	52
Total	274

Estos negocios se hallan:

Devueltos a las oficinas de origen desde el 1º de diciembre de 1936 hasta hoy	32
En comisión	3
Archivados	1
En poder del Procurador	4
En traslado a particulares	3
Con proyectos desde el mes de diciembre de 1936 hasta hoy	44
Al estudio	88
En actuación	119
Total	274
De este total se deducen 32 devueltos y 1 archivado, o sean	33
Quedan pendientes	241

En el mismo tiempo los señores magistrados presentaron proyectos para registrar, así: el doctor Montalvo, 13; el doctor Iglesias, 18; y el doctor Rodríguez, 13.

En el curso del mencionado mes se dictaron 11 sentencias definitivas y 11 autos interlocutorios.

Sin más observaciones, y sin haber encontrado demoras en el despacho de los señores magistrados ni en la secretaría, se dio por terminada esta diligencia que se firma para constancia por los que en ella han intervenido.

El Magistrado Presidente,

J. A. Montalvo

El Secretario,

Alberto Malo B.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

APELACION DE AUTO EJECUTIVO

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, octubre veintisiete de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro A. Gómez Naranjo)

La Administración de Hacienda Nacional de Medellín, en auto de 23 de junio pasado, libró mandamiento ejecutivo contra los señores Hermógenes y Ricardo Delgado por la suma de $ 1,074.18 y los intereses, desde el 17 de junio de 1933, proveniente dicha cantidad del alcance líquido que por Resolución Nº 8 de 26 de diciembre de 1933 le dedujo al primero de los ejecutados el Inspector General de Rentas Nacionales, providencia confirmada por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por Resolución Nº 326 de 1934.

Notificado el auto ejecutivo, el apoderado de los señores Hermógenes y Ricardo Delgado apeló de dicha providencia, recurso que se le concedió para ante esta Sala. Tramitado legalmente el negocio, se pasa a decidirlo, previas las siguientes consideraciones:

Aparece de autos que la sociedad denominada Frontino Gold Mines Limited denunció ante el Recaudador de Hacienda Nacional de Segovia el impuesto sobre la renta correspondiente al año de 1932. El denuncio fue remitido a la Administración de Hacienda Nacional de Medellín y esta oficina liquidó y cobró el impuesto por la suma de $ 15,345.52. El Recaudador de Segovia, señor Hermógenes Delgado, retiró de las cuentas de su oficina el siete por ciento (7%) sobre la cantidad pagada por la compañía, por concepto de honorarios fijados por el art. 2º del Decreto Nº 1118 de 1932, que dice así:

"Los Recaudadores Municipales devengarán como honorarios únicamente el 7% sobre las sumas que recauden por conceptos de rentas e impuestos nacionales".

El Inspector General de Rentas Nacionales elevó a alcance la suma de $ 1,074.18 retirados por el Sr. Hermógenes Delgado, porque el cobro no lo hizo la Recaudación de Segovia sino la Administración de Hacienda Nacional de Medellín. Esta Resolución fue aprobada por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

El juicio ejecutivo se siguió también contra el señor Ricardo Delgado como fiador del empleado responsable.

Se observa:

El mandamiento apelado tuvo como base las providencias de que se ha hecho mención, las cuales prestan mérito ejecutivo, de conformidad con los artículos 982 y 1059 del C. J. Es, por tanto, jurídico el auto apelado, pues se apoya en resoluciones que elevaron a alcance una suma líquida contra el responsable. No es esta la oportunidad de considerar las razones alegadas por los ejecutados contra los proveídos que sirvieron de recaudo ejecutivo. La controversia sobre su legalidad se ventilará en el respectivo incidente de excepciones iniciado por los demandados.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, de acuerdo con el señor Procurador, confirma el auto ejecutivo apelado.

Ejecutoriado este auto se tramitará el incidente de excepciones iniciado por los ejecutados.

Cópiese y notifíquese.

Eleuterio Serna R., Aníbal Cardoso Gaitán, Pedro A. Gómez Naranjo—Gustavo Gómez Hernández, Srio. en pdad.

PAGO DE GASTOS DE LAS OFICINAS DE REGISTRO

Con la derogatoria del artículo 146, numeral 7o. de la ley 61 de 1905, desapareció el gravamen que por virtud de ella, lo mismo que de otras leyes anteriores, se había establecido a cargo de los Departamentos por razón de los gastos de servicio en las oficinas de registro. (Ley 110 de 1912, art. 460).

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, octubre veintinueve de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

En demanda presentada el 30 de enero de 1935 ante el Tribunal Superior de Tunja, el señor Juan Salamanca Vargas pidió que,

previos los trámites del juicio ordinario, se condenara al Departamento de Boyacá a lo siguiente:

"a) A pagar al demandante Juan Salamanca Vargas, seis días después de notificada la sentencia, por concepto de reembolso de arrendamientos que cubrió para el funcionamiento de la oficina de registro de instrumentos públicos del Circuito de Tunja, durante cincuenta y ocho meses, la cantidad de quinientos tres pesos treinta y seis centavos ($ 503.36), y si hubiere mora, el interés legal.

"b) A pagar al mismo demandante Juan Salamanca Vargas, en el término indicado de seis días, la cantidad de (aquí la cantidad líquida de dinero, del peso y ley actuales, expresada por un guarismo determinado, mediante la regulación y estimación hechas por peritos en el curso del juicio), como valor de los materiales, útiles de escritorio y empleados pagados para el funcionamiento de la oficina de registro de instrumentos públicos del Circuito de Tunja en cuarenta y seis meses (46) que duró desempeñando el cargo, y los intereses legales si hubiere mora en el pago".

La sentencia de primera instancia, proferida por el Tribunal con fecha 22 de noviembre de 1935, absuelve al Departamento de Boyacá de los cargos formulados en la demanda.

Apelada aquella para ante la Corte, y a petición del apoderado del actor, se practicó, en virtud de comisión conferida al Juzgado 1º del Circuito de Tunja, la prueba consistente en una inspección ocular con asocio de peritos sobre los libros de la oficina de registro de Tunja, y avalúo del trabajo, elementos y otros gastos hechos en tal oficina por el señor Salamanca en el tiempo en que permaneció al frente de ella.

El señor Salamanca desempeñó el cargo de registrador durante cuarenta y cuatro meses contados a partir del día 13 de marzo de 1930, en que tomó posesión.

El actor apoyó su demanda especialmente en el artículo 5º de la ley 48 de 1887, que dice: "Además de los gastos que son de cargo de los Departamentos, según el artículo 1º de la ley 48 de 1887, serán también de su cargo los que ocasionan las oficinas de registro, los correos del servicio especial de los Departamentos, las impresiones oficiales, la conducción de presos, inclusive los rematados, hasta ser entregados en los establecimientos de castigo, y todos los que sean accesorios a los asuntos especiales de los Departamentos".

No puede legalmente servirle de base a la demanda la disposición invocada porque, concretando el análisis de las leyes referentes a gastos de las oficinas de registro a las que regían en la época en que el señor Salamanca ejerció tal cargo, resulta lo siguiente:

La ley 61 de 1905, derogatoria de la legislación anterior en lo tocante a la hacienda nacional, dispuso en el art. 146, numeral 7º:

"Ley 61 de 1905.—Artículo 146.—Corresponde a los Departamentos hacer de su tesoro los gastos que exigen los ramos siguientes: ..... 7º Oficinas de registro...."

Pero el artículo 450 de la ley 110 de 1912, que es el Código Fiscal vigente, derogó de modo expreso, entre otras, la ley 61 de 1905.

Con la derogatoria del artículo 146, numeral 7º, de la ley 61 de 1905, desapareció el gravamen que por virtud de ella, lo mismo que de otras leyes anteriores, se había establecido a cargo de los Departamentos por razón de los gastos de servicio en las oficinas de registro.

Es decir, que durante el tiempo que el señor Salamanca ejerció el cargo de registrador, en la vigencia del actual Código Fiscal, no eran ya de cargo de los Departamentos los gastos que ocasionaran las oficinas de registro, como sí lo fueron antes por mandato de algunas disposiciones legales, entre ellas el artículo 5º de la ley 48 de 1887, en que el actor basó su demanda.

No hay, pues, fundamento legal para una decisión condenatoria contra la entidad demandada.

Y en tales circunstancias, no es el caso de entrar en el examen de las pruebas allegadas por el actor.

Se observa que durante la instancia surtida ante la Corte, no se presentó por el demandante ni por sus apoderados alegato alguno en orden a desvirtuar las razones en que se basó el fallo apelado, y que coinciden en lo esencial con las que aquí se han expuesto.

El señor Procurador delegado en lo civil pide a la Corte que mantenga en firme la providencia materia de la apelación.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, confirma la sentencia objeto del recurso.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase el expediente.

Eleuterio Serna R., Aníbal Cardoso Gaitán, Pedro A. Gómez Naranjo—Gustavo Gómez Hernández, Srio. en pdad.

SE NIEGA LA REPOSICION SOLICITADA

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales. Bogotá, octubre treinta de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

Pide a la Sala el señor apoderado del Departamento de Cundinamarca reposición del auto dictado el diez del mes en curso, por el cual se confirmó otro del Tribunal de Bogotá que había decretado "la exhibición de los libros, correspondencia y documentos que existan en las oficinas de la entidad demandada, como Secretaría de Hacienda, Administración de Hacienda y Contraloría, referentes a las cuentas que se hayan llevado con relación a los contratos aludidos en el tiempo transcurrido desde el 13 de abril de 1931". El juicio principal lo adelanta contra dicho Departamento, para el pago de unas sumas de dinero, la entidad denominada The Anglo South American Bank Limited.

El motivo para la reposición solicitada lo limita el recurrente a uno de los que propuso como fundamentos de la apelación contra la providencia del Tribunal: el de la indeterminación de los libros, documentos y papeles que han de exhibirse.

Estima el señor apoderado del Departamento que no ha sido ajustada a los términos de la ley, ni a la realidad de su práctica, por imprecisa, la determinación de que se trata. Y a este propósito se expresa así, en varios pasajes de su último memorial a la Corte: "... una cosa es que la exhibición sea parcial, en lo cual todos estamos de acuerdo, y otra muy distinta es la determinación de lo que ha de ser exhibido, lo cual no fue hecho por el apoderado del demandante..."; "... el Magistrado sustanciador no sabrá el día de la diligencia qué libro, documento o carta son los que va a pedir a las oficinas del demandado y los empleados de éste tampoco sabrán qué es lo que deben poner de presente al Tribunal"; "... si el día de la diligencia pidiera el demandante un determinado y supuesto libro en que dijera que constaba uno de los hechos de la demanda, no pudiera el Departamento exhibirlo por no haberlo llevado o no tenerlo en su poder"; "... no es determinación alguna de los libros, documentos y cartas, el decir que son aquellos en que se hayan llevado las cuentas de los préstamos, abonos y renovaciones"; "... me he limitado a exigir que se diga cuál libro, si el de Cuentas Corrientes, si el de Caja, si el general de Cuenta y Razón..."

Coincide la Sala con el parecer del señor apoderado del Departamento cuando estima que para que una exhibición sea legal ha de ir precedida de la determinación del objeto que ha de exhibirse. Pero la particularización depende de las circunstancias propias de cada caso. Así como en el de autos, la existencia de los libros y papeles en poder del Departamento se infiere de una fundada presunción, del mismo modo la determinación precisa que el señor abogado echa de menos, surge de las peculiaridades que el asunto comporta. No es un particular, más o menos estricto y arreglado en lo tocante a la contabilidad de sus negocios, la persona que va a exhibir unos libros y otros documentos, sino una entidad de derecho público, a la cual las leyes y ordenanzas la obligan a llevar sus cuentas metódicamente. Y si los libros y las cuentas del Departamento están, como deben estarlo, arreglados a las prescripciones técnicas y a la verdad, en ellos deben aparecer registradas las operaciones de préstamos, sus renovaciones y abonos, a lo cual se refiere la prueba.

Existe asimismo una presunción bien fundada de que el día en que el Magistrado practique la diligencia, no encontrará obstáculo para que en esa oportunidad se le presenten por la entidad demandada los libros de contabilidad en que se hayan registrado las operaciones con los bancos, como también los demás documentos relacionados con el movimiento de esas cuentas. Sin que haya el riesgo de que en la diligencia el demandante pida un determinado libro que no pueda exhibir el Departamento, porque es de general conocimiento cuáles son los libros que conforme a las reglas de la contabilidad oficial deben llevar las entidades públicas, y porque el demandante se ha acogido a esa regla.

Y si hubiera de aplicarse aquí el criterio que propone el señor apoderado del Departamento, y dentro de la exigencia que él hace cuando dice que se ha limitado a exigir que se diga cuál libro ha de exhibirse, si el de Cuentas Corrientes, el de Caja, etc., faltaría también, en orden a una mejor precisión, que se dijera de antemano en qué asientos de esos libros y a qué folios se encuentran las constancias que se busca establecer por medio de la diligencia exhibitoria.

En consecuencia, y por no haber motivo legal para acceder a lo solicitado, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, niega la reposición pedida.

Cópiese y notifíquese.

Eleuterio Serna R., Aníbal Cardoso Gaitán, Pedro A. Gómez Naranjo—Gustavo Gómez Hernández, Srio. en pdad.

EXCEPCIONES EN JUICIO EJECUTIVO

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Negocios Generales.—Bogotá, octubre treinta de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro A. Gómez Naranjo)

La Agencia de Ejecuciones Fiscales de Correos y Telégrafos libró mandamiento ejecutivo contra los señores Daniel Meneses y Esteban Sierra por la cantidad de $ 349.45, los intereses y las costas. Se apoyó el auto en el fenecimiento de la cuenta de giros postales de la Administración de Correos de Gigante, que dedujo un alcance por la suma indicada contra el señor Daniel Meneses, de quien era fiador el señor Esteban Sierra. El auto ejecutivo fue dictado con fecha 5 de junio de 1923 y se comisionó para notificarlo y practicar las diligencias conducentes a adelantar la ejecución al señor Juez Municipal de Gigante, quien no devolvió los despachos respectivos, no obstante habérselos reclamado varias veces.

El 26 de noviembre de 1927 el Juez Municipal de Gigante, señor Mario Borrero A., notificó al señor Esteban Sierra el auto ejecutivo y éste manifestó que en el año de 1923 pagó la deuda al Juez Municipal señor Jorge E. León y presentó un recibo expedido por dicho señor León el mismo día de la notificación del auto ejecutivo, en el cual consta que el señor Sierra le pagó en septiembre de 1923, la suma de $ 363.45, como fiador de Daniel Meneses en la ejecución que le siguió el Juez de Ejecuciones Fiscales de Correos y Telégrafos de Bogotá.

Oportunamente propuso el apoderado del señor Esteban Sierra las excepciones de pago y de inexistencia de la obligación. Para comprobarlas presentó el recibo expedido por el señor Jorge E. León, debidamente reconocido, y copia del acta de posesión de éste como Juez Municipal de Gigante. Tramitado legalmente el incidente, se pasa a decidirlo, previas las siguientes consideraciones:

El señor Procurador Delegado en lo Civil, con fecha 23 del corriente, dijo lo siguiente:

"Dice el señor Sierra en su memorial de excepciones que 'el día 26 de noviembre de 1927 se me notificó, haciéndoseme el cobro de la suma pagada, el mandamiento ejecutivo, u orden de pago de que trata el punto anterior, notificación en la cual aparece copiado textualmente el recibo con que acredito el pago, documento éste con que me presenté a establecer esta excepción. Obsérvese la enorme contradicción que aparece en esta notificación, para que se averigüe en la forma necesaria". (Fs. 4 del cuaderno citado).

"Como se ve del párrafo que acaba de transcribirse, el mismo demandado confiesa que sólo el 26 de noviembre de 1927 se le intimó el mandamiento ejecutivo, y que en ese día presentó un recibo suscrito por quien actuaba como Juez cuatro años antes, o sea por el señor Jorge E. León, cuando a fs. 3 del cuaderno N° 1 aparece el señor Mario Borrero A. ejerciendo sus funciones de Juez Municipal de Gigante e intimándole al deudor el respectivo auto ejecutivo, el citado día 26 de noviembre de 1927, no el señor Jorge E. León.

"Si el excepcionante hubiera entregado alguna cantidad al Juez Mario Borrero A., la Procuraduría no tendría reparo ninguno que hacer a la excepción de que se trata, pero de conformidad con el artículo 1634 del C. C., el pago para que sea válido 'debe hacerse o al acreedor mismo (bajo cuyo nombre se entienden todos los que le hayan sucedido en el crédito aun a título singular), o a la persona que la ley o el juez autoricen a recibir por él, o a la persona diputada por el acreedor para el cobro...'

"El señor Jorge E. León no es el acreedor, sino que lo es la Nación, y no actuaba en el momento de la intimación del mandamiento ejecutivo como Juez, luego el pago que a aquél se le hizo, no se sabe si cuatro años antes, o cuándo, es inválido, ya que no aparece tampoco que tuviera la calidad de diputado de la Nación para recibir por ella".

No participa la Sala de la opinión del señor Procurador, por las siguientes razones:

En el auto ejecutivo, de fecha 5 de junio de 1923, se facultó al Juez Municipal de Gigante para practicar las diligencias ejecutivas hasta poner el juicio en estado de citar para sentencia de pregón y remate, para averiguar por los bienes de los ejecutados en el caso de que no fueran denunciados y decretar el embargo y también para recibir el pago en dinero, pues en el auto mencionado se hace la siguiente advertencia: "Si pagaren en dinero de contado, remítase a esta agencia como encomienda postal oficial". El auto ejecutivo se cumplió con el despacho N° 83 de 20 de junio de 1923. De manera que el Juez Municipal de Gigante sí estaba autorizado para recibir en dinero el valor de la ejecución.

En el recibo expedido por el señor Jorge E. León el 26 de noviembre de 1927, hace

constar que recibió del señor Esteban Sierra la suma de $ 365.45, "en septiembre de 1923", época en que el señor León desempeñaba el cargo de Juez principal del Municipio de Gigante, según la diligencia de posesión que figura en autos. El recibo fue reconocido por el señor León con las formalidades legales. En el expediente no hay constancia de que el Juez Municipal notificara el auto ejecutivo en el año de 1923 ni de que recibiera la suma materia de la ejecución, porque el despacho Nº 88 no fue devuelto por el funcionario mencionado o se extravió. Pero sí es indudable que el ejecutado señor Sierra pagó la suma al Juez Municipal, quien la recibió con facultad suficiente, comisionado por el empleado ejecutor.

Pagada la suma respectiva por el ejecutado, no puede hacérsele responsable del proceder del Juez Municipal, a quien correspondía el envío inmediato del dinero al empleado comitente.

En el expediente figura el despacho Nº 113, de fecha 3 de diciembre de 1927, en el cual el Juez Municipal de Gigante, señor Mario Borrero, dice que es del dominio público en ese Municipio que el señor Esteban Sierra pagó el valor de la ejecución por el alcance total contra Daniel Meneses y que no ha aparecido en esa oficina constancia alguna sobre el particular.

También hay prueba en el expediente de que en el Juzgado 2º del Circuito de Garzón se adelanta el sumario correspondiente para averiguar la responsabilidad del señor Jorge E. León por el extravío de la consignación hecha por el señor Esteban Sierra en el Juzgado Municipal de Gigante.

Por las razones anteriores estima la Sala que la excepción de pago propuesta por el señor Esteban Sierra está comprobada.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara probada la excepción de pago propuesta por el ejecutado señor Esteban Sierra y en consecuencia ordena levantar el embargo de los bienes sujetos a la traba ejecutiva y suspender la ejecución.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Eleuterio Serna R., Aníbal Cardoso Gaitán, Pedro A. Gómez Naranjo, Gustavo Gómez Hernández, Secretario.

EXCEPCIONES EN JUICIO EJECUTIVO

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, octubre treinta de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro A. Gómez Naranjo)

La Recaudación Nacional de Honda libró mandamiento ejecutivo contra el señor Roberto Echeverri V. y en favor de la Nación, por la suma de $ 35, correspondientes al impuesto sobre la renta del año de 1930.

El interesado propuso las excepciones de pago e inexistencia de la obligación. Para comprobarlas pidió durante el término de prueba dos certificaciones de las Administraciones de Hacienda de Cundinamarca y de Honda, las cuales vinieron oportunamente a los autos.

Los hechos en que se apoya el excepcionante, son los siguientes: que es vecino de Bogotá, donde reside desde hace bastantes años; que en esta ciudad hizo denuncio de su renta y que la casa que posee en Honda se ha tenido en cuenta para hacer las calificaciones en los años en que no ha denunciado.

El certificado de la Auditoría del impuesto sobre la renta de Bogotá dice lo siguiente:

"En atención a lo solicitado en el presente despacho, se informa: 1º) Que según balances presentados por la firma Roberto Echeverri V., en los años que ha declarado, se establece que su asiento principal es en Bogotá, y que para el año de 1930 figura en los registros de esta ciudad. 2º) Que para el año de 1930 no presentó declaración y la oficina le asignó un aforo de $ 38,50 a la inscripción Roberto Echeverri y Cía. y otro de $ 11 a la inscripción Roberto Echeverri, y 3º) Que dichos aforos fueron cancelados posteriormente por medio de las resoluciones números 8186, del 4 de agosto de 1930, que suprimió el aforo de $ 38,50 asignado a la inscripción Roberto Echeverri & Cía. y por la Nº 8666, del 29 de agosto de 1931, que suprimió el de $ 11 asignados a Roberto Echeverri".

El Recaudador de Hacienda Nacional de Honda certifica que el aviso de la calificación correspondiente al año de 1930 debió hacerse en la forma acostumbrada; que no puede precisar la fecha y forma como se hiciera la notificación al señor Roberto Echeverri V. y que éste es vecino de Bogotá.

De las pruebas anteriores no aparecen acreditados los hechos en que el interesado apoya las excepciones. Por el contrario, se constató que el señor Echeverri no hizo denuncio de la renta en el año de 1930 en esta ciudad ni pagó suma alguna por ese concepto, porque por resolución Nº 8666 de 29 de agosto de 1931 se suprimió la asignación de $ 11 con que había sido calificado por su renta en Bogotá. Por consiguiente, la legalidad de la calificación hecha en Honda por la renta de los bienes que posee en esa ciudad, no ha sido desvirtuada.

En consecuencia, deben declararse no probadas las excepciones propuestas, como lo solicita el señor Procurador.

Con fecha 12 de agosto de este año, la Sala negó las excepciones que propuso el señor Echeverri por las mismas causas con relación al impuesto sobre la renta del año de 1933.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara no probadas las excepciones propuestas por el señor Roberto Echeverri V. en este juicio.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Eleuterio Serna R., Aníbal Cardoso Gaitán, Pedro A. Gómez Naranjo—Gustavo Gómez Hernández, Srio. en pdad.

PREFERENCIA DEL EMBARGO POR CRÉDITOS DEL ESTADO

No participando la solicitud de desembargo hecha ante un funcionario investido de jurisdicción coactiva, ni de la calidad de excepción, ni de tercería, ni de apelación ni de consulta, casos en que conocería la justicia ordinaria, el funcionario coactivo ante quien tal solicitud se presenta es competente para estimarla. Además, debe tenerse en cuenta que si en derecho las cosas se deshacen como se hacen, no se ve obstáculo legal ni razón alguna en cuya virtud el funcionario que ha decretado el embargo esté inhibido para revocarlo o confirmarlo. El embargo decretado conforme a las disposiciones del juicio de venta de la cosa hipotecada no tiene preferencia sobre el embargo de esa misma cosa decretado por el Estado con acción personal, pues a pesar de la aparente generalidad del artículo 1198, numeral 1o, del Código Judicial, tal disposición en ningún caso puede primar sobre disposiciones de orden sustantivo que, como las de los artículos 2493, 2494 y 2495 del Código Civil, reconocen como privilegiados de la primera clase los créditos del Fisco por concepto de impuestos devengados.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, noviembre siete de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

En la ejecución que el Juzgado de Rentas Nacionales adelanta a nombre de la Nación contra la señorita Elvira García Tolosa para el pago del impuesto sobre la renta, fue decretado el embargo de la casa de propiedad de la ejecutada número 24 de la carrera 2ª de esta ciudad, y del lote en que está edificada, por auto de fecha 15 de enero de 1934.

Ordenada la práctica de la diligencia de avalúo y depósito de la finca expresada, el doctor Roberto J. Barreto, obrando como apoderado de la señorita Sara Montañez, presentó al funcionario ejecutor copia del auto de fecha 26 de junio de 1936, por el cual el Juzgado 6º Civil del Circuito de Bogotá decretó el embargo del inmueble en mención en el juicio de venta de la cosa hipotecada incoado por la señorita Montañez contra la señorita García Tolosa, y pidió que en tal virtud se invalidara el embargo ordenado por el Juez de Rentas, porque el artículo 1198 del Código Judicial dispone

que el embargo en el juicio de venta de bienes hipotecados pone fin al efectuado en el juicio ejecutivo con acción personal.

El Juzgado de Rentas no accedió al pedimento del doctor Barreto, en auto de fecha 13 de julio del año en curso, fundándose en que si es verdad que el artículo 1198 del Código Judicial establece que el embargo y secuestro decretados en juicio de venta de la cosa hipotecada pone fin a los efectuados en juicio ejecutivo con acción personal, también es cierto que los embargos que se llevan a efecto en los juicios que sigue el Estado para el cobro de los créditos del Fisco, se efectúan más que por virtud de una acción real, en fuerza de la acción privilegiada de que gozan al tenor de los artículos 2493 y 2495, ordinal 6º, del Código Civil.

Además, conceptuó tal entidad, con base en alguna decisión de vieja data proferida por la Corte, que los funcionarios investidos de jurisdicción coactiva no están facultados para decidir las solicitudes sobre desembargos, porque la ley limita sus atribuciones simplemente a aquellos actos que tiendan a asegurar el pago de las deudas fiscales, como son el embargo, el avalúo y el depósito de bienes, pero no los autoriza para desatar controversia que surja dentro del juicio, ya sea sobre la existencia de la obligación, sobre propiedad de los bienes embargados y sobre derechos de terceros: controversia que compete decidir a la justicia ordinaria, al tenor de lartículo 1060 del Código Judicial.

Como contra este auto interpusiera recurso de apelación el doctor Barreto, el juez se la concedió para ante la Corte, la cual procede a decidirlo, surtida ya la tramitación procesal.

Competencia de la Corte

La Sala es competente para conocer de este negocio, en virtud del numeral 2º del artículo 37 de la ley de procedimiento civil, que le adscribe el conocimiento, en segunda instancia, de los recursos de apelación y de las consultas de los autos dictados por funcionarios nacionales investidos de jurisdicción coactiva.

Es de advertirse que el apelante no sostuvo ante la Corte, en forma alguna, su recurso.

Para resolver se considera:

La providencia apelada presenta dos aspectos: Por el primero se declara en forma categórica la incompetencia del Juzgado para resolver sobre la solicitud de desembargo propuesta. Y por el segundo, a pesar de esa pretendida incompetencia que por sí sola bastaría para rechazar el pedimento, el Juzgado entra a considerar éste en el fondo, para concluír que es de imposible prosperidad. Es decir, por ambas vías llega al mismo resultado final.

La Corte observa:

1º La doctrina que se desprende del artículo 1060 del Código Judicial es la de que los funcionarios nacionales investidos de jurisdicción coactiva están dotados de plena capacidad para actuar en todo lo que se relaciona con el correcto y adecuado logro de sus fines, menos cuando en los procedimientos agitados por ellos surjan o excepciones, o tercerías, o apelaciones o consultas, eventos que la ley substrae de su radio de acción para colocarlos dentro de la esfera de atribuciones de la justicia ordinaria.

Una simple solicitud de desembargo no participa de la calidad de excepción, ni de tercería, ni de apelación ni de consulta, por lo cual el funcionario coactivo ante quien se presenta es competente para estimarla. Además, debe tenerse en cuenta, que si en derecho las cosas se deshacen como se hacen, no se ve obstáculo legal ni razón alguna en cuya virtud el funcionario que ha decretado el embargo esté inhibido para revocarlo o infirmarlo.

2º El inciso 1º del artículo 1198 del Código Judicial establece que el embargo y el secuestro recaídos conforme a las disposiciones sobre el juicio de venta o adjudicación de la cosa hipotecada pone fin a los efectuados en el juicio ejecutivo con acción personal. ¿Qué alcance tiene esta disposición con respecto al embargo decretado con acción personal en un juicio en que el Estado es parte y se endereza a obtener el pago de impuestos a él debidos? En otros términos, ¿el embargo ordenado por el Juez 6º del Circuito de Bogotá de la casa de propiedad de la señorita González Tolosa en el juicio de venta contra ella seguido por la señorita Montañez debe prevalecer sobre el decretado con anterioridad por el recaudador en ejercicio de la jurisdicción coactiva?

La ley civil proclama el principio de que ante ella no todos los créditos son iguales al establecer la primacía de unos sobre otros con respecto a la solución de las obligaciones que comportan. Hay prelación en los créditos, y las causas de preferencia solamente son el privilegio y la hipoteca. Go-

zan de privilegio los créditos de la primera, segunda y cuarta clase. Los créditos hipotecarios están catalogados como de la tercera clase; en cambio, los créditos del Fisco por concepto de impuestos devengados lo están en la clase primera. (Artículos 2493, 2494, 2495, 2499 del Código Civil).

La ley procedimental, cuyo objeto es la efectividad de los derechos concedidos por la ley sustantiva, ha de ser interpretada en su artículo 1198, inciso 1º, a la luz de los preceptos civiles ya vistos. Y así, fluyen las siguientes conclusiones:

A pesar de la aparente generalidad de la disposición consagrada en el numeral 1º del artículo 1198 mencionado: "El embargo y secuestro decretados conforme a este título (el de venta de bien hipotecado), pone fin a los efectuados en el juicio ejecutivo con acción personal", su alcance está condicionado por normas de derecho superiores que reconocen privilegios a ciertos créditos y los dotan de preeminencia sobre los créditos hipotecarios.

Tal disposición procedimental, que en ningún caso puede primar sobre una disposición de orden sustantivo, sólo tiene vigencia en tratándose de embargos decretados en juicios que se promuevan por acreedores de la cuarta o de la quinta clase, pero en manera alguna puede hacer a un crédito que la ley civil reconoce como de tercera clase de mayor eficacia y virtualidad que otro calificado por la misma ley civil en primer rango.

Para terminar, la Sala acoge los siguientes conceptos del señor Procurador delegado en lo civil, que reafirma lo ya expuesto:

No pueden parangonarse los juicios ejecutivos comunes con acción personal y los juicios ejecutivos que siguen el curso de la jurisdicción coactiva. Si bien es cierto que en ambos se ejercita una acción personal, no hay que olvidar que en los segundos a la acción personal va unida una acción real superior a la hipotecaria, y que ellos tienen un fundamento superior como son los impuestos, cuya importancia económica y social los constituye en elementos indispensables para la vida del Estado y de la sociedad. En ellos se ejercita también la acción de privilegio consagrada por el ordinal 6º del artículo 2495 del Código Civil. Los créditos hipotecarios implican un privilegio real de tercera clase y afectan tan sólo los bienes hipotecados. Los créditos fiscales implican un privilegio de primera clase y afectan todos los bienes del deudor.

Se advierte que si en la providencia que se estudia hay un concepto en la parte motiva que la Sala no acepta, y a pesar de ello la confirma, es porque tal concepto no tiene una repercusión esencial sobre la parte resolutiva de aquélla, desde luego que por el funcionario ejecutor se tuvo en cuenta para resolver, otra razón, esa sí decisiva, distinta de la relacionada con la competencia.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, confirma la providencia materia del recurso de apelación.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Eleuterio Serna R., Aníbal Cardoso Gaitán, Pedro A. Gómez Naranjo—Gustavo Gómez Hernández, Srio. en pdad.

EXCEPCION DILATORIA DE INEPTA DEMANDA.—RENDICION DE CUENTAS

No hay disposición expresa de la ley que prescriba que antes de seguir la acción sobre rendición de cuentas debe adelantarse la de pago de una cantidad de dinero.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, noviembre nueve de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

El doctor Luis Eduardo Gacharná, en su calidad de apoderado del Departamento del Tolima, presentó demanda ante el Tribunal Superior de Bogotá el día 5 de septiembre de 1935, contra The Dorada Railway Company Limited, la cual, en su parte petitoria, es del siguiente tenor:

"Fundado en los hechos que acabo de exponer, cuya prueba en lo pertinente agrego a este libelo, demando a nombre del Departamento del Tolima a la Compañía denominada The Dorada Railway Company, sociedad inglesa domiciliada en Londres y en Bogotá, para que rinda cuentas comprobadas al expresado Departamento de la carga transportada en el Ferrocarril de la Dorada

desde el diez de noviembre de mil novecientos veintitrés (10 de noviembre de 1923) hasta el día en que se notifique esta demanda. En dichas cuentas debe expresar el saldo líquido que corresponde al Departamento del Tolima en la explotación del Ferrocarril de la Dorada, a razón de cinco centavos por carga transportada de ciento cincuenta kilogramos de peso. Al liquidarse la partición mencionada deberán computarse sobre las sumas líquidas los intereses al seis por ciento anual (6%) a favor de la entidad que represento desde el día tres de noviembre de mil novecientos treinta y tres, fecha en que fue requerida la Compañía, hasta el día del pago".

Admitida que fue la demanda por auto del señor magistrado sustanciador, el apoderado de la Compañía, doctor Jaime Rodríguez Fonnegra, propuso la excepción dilatoria de inepta demanda, que planteó así: "... opongo la excepción dilatoria de inepta demanda, cuyos fundamentos se hallan en el ordinal 3º del artículo 333 del Código Judicial, y en el hecho de haberse dado a la demanda curso distinto del que le corresponde; pues el asunto de que se trata es de los que deben tramitarse por la vía ordinaria, y únicamente por esta vía, como se verá por lo que sigue. La obligación principal que se alega es, con efecto, la de pagar dinero, y a ella se pospone y subordina la de rendir cuentas; la cual no ha de ser declarada, si tiene cabida, sino una vez declarada la existencia de la obligación principal: para poderse declarar ésta se requiere haber oído a las partes en juicio contradictorio y con la plenitud de las formalidades que la ley establece, y tal juicio no se ha seguido. Que no es la obligación de rendir cuentas la principal de las que se demanda, sino la secundaria, y que la acción principal es la referente a dinero, se indica en la demanda al pedirse la declaración de que 'en dichas cuentas debe expresar —la Compañía— el saldo líquido que corresponde al Departamento del Tolima en la explotación del Ferrocarril de la Dorada, a razón de cinco centavos por carga transportada de ciento cincuenta kilogramos de peso'."

Fue motivo de estudio, así por parte del excepcionante como del magistrado sustanciador, la cuestión de si se puede o no proponer excepciones dilatorias en el juicio sobre rendición de cuentas.

El señor Magistrado, doctor Vásquez, ordenó dar traslado de las excepciones al actor, y afirmó su concepto acerca de la viabilidad de las excepciones dilatorias en esta clase de juicios (los de rendición de cuentas) en su auto de tres de febrero del año en curso, en que decidió no reponer el suyo anterior que había permitido darle curso a la excepción.

Posteriormente, la Sala de Decisión del Tribunal profirió su auto del 18 de julio que declaró infundada la excepción de inepta demanda, providencia de la cual conoce actualmente la Corte en virtud de apelación debidamente propuesta y sustanciada.

En dicho auto apelado el señor magistrado doctor Vásquez reafirma sus puntos de vista sobre las conclusiones a que había llegado antes respecto a la procedencia de las excepciones dilatorias en los juicios de rendición de cuentas. Pero la Sala se abstiene de entrar en el examen de lo tocante a la oportunidad de tales excepciones en los mencionados juicios, y pasa de lleno al estudio directo de la excepción propuesta sobre inepta demanda. Así, pues, a ella ha de concretarse también el examen que le corresponde realizar a esta Sala de la Corte.

Como ya se vio, por la transcripción que se hizo en lo pertinente del memorial en que la excepción se propuso, ella se funda en la afirmación que hace el apoderado de la Compañía de haberse dado a la demanda curso distinto del que le corresponde y ser por lo tanto el caso presente constitutivo de la excepción dilatoria prevista en el artículo 333, ordinal 3º, del Código Judicial.

Para sustentar la excepción dice el proponente de ella que siendo, en su concepto, la obligación principal que se demanda la de pagar dinero, a ella se pospone y subordina la de rendir cuentas, y que para que ésta tenga cabida debe primero declararse la existencia de la obligación principal.

El Tribunal, refiriéndose a este punto, observa que siendo el objeto o fin del juicio sobre rendición de cuentas el de determinar quién debe a quién y cuánto, y siendo ése mismo el objeto que se persigue en la demanda sobre rendición de cuentas, la acción está rectamente enderezada por la vía del juicio especial de cuentas.

La Sala observa:

No hay disposición expresa de la ley que prescriba, en casos como el de que se trata, que antes de seguir la acción sobre rendición de cuentas debe adelantarse la de pago de una cantidad de dinero. Y si de una prueba sumaria, como la que se ha acompañado a la demanda, y que es la única que exige el artículo 1120 del C. J., aparece establecido el fundamento de una parte a exigir de la otra una participación en dinero por motivo del transporte de carga, es claro que para que aquélla pueda hacerlo efectivo es procedente determinar qué carga se ha

transportado por la empresa, y para ello es igualmente oportuno que la parte que ha efectuado el transporte le presente a las otras las cuentas del caso sobre movimiento de carga por la empresa. Siendo la Compañía la que conoce los datos de la explotación, por haber manejado el negocio, es natural que ella presente los concernientes a la movilización de carga para poder deducir el saldo que exista a favor o cargo de la persona que tiene derecho a percibir la participación. Para condenar al pago de una suma líquida es lógico que primero se establezca ella con precisión y luégo se disponga que sea cubierta.

En el caso de autos, el Departamento del Tolima demandó a The Dorada Railway Company Limited para que le rinda cuentas de la carga transportada y para que por medio de ellas se fije el saldo líquido que le corresponde al Departamento en la explotación del ferrocarril. La rendición previa de las cuentas y la determinación del saldo, que son los fines buscados en la demanda, armonizan perfectamente con los que la ley le reconoce al juicio especial de rendición de cuentas.

Oportunamente, como lo observa el Tribunal, se decidirá, en vista de las pruebas que en definitiva se aporten al juicio, si la compañía demandada está en la obligación de rendir las cuentas que se le piden.

Por lo dicho, se ve claro cómo la acción propuesta está bien adelantada en el juicio de cuentas.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, confirma la providencia apelada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Eleuterio Serna R., Aníbal Cardoso Gaitán, Pedro A. Gómez Naranjo. Gustavo Gómez Hernández, Secretario.

APELACION DE UN AUTO EJECUTIVO.—TERMINOS.—TERCERIA

En los términos judiciales debe descontarse, por imposibilidad física, el tiempo en que por hallarse el expediente al despacho del juzgado se sustrae a la disposición de las partes. En el auto en que se admite una tercería sólo se debe examinar si el crédito presta mérito ejecutivo y si se cumplieron las exigencias del art. 1063 del C. J. Pero ni en esa providencia ni en otras posteriores se debe entrar a calificar el crédito ni a hacer apreciaciones que son materia de la sentencia de graduación de créditos, la cual se dicta una vez terminada la tramitación señalada en el procedimiento judicial.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, noviembre nueve de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro A. Gómez Naranjo)

Este negocio ha subido a la Corte en virtud de apelación interpuesta contra dos autos, en el juicio ejecutivo seguido contra el Departamento del Magdalena, por pesos, en el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta. Agotada la tramitación legal, se pasa a decidir el recurso, previas las siguientes consideraciones:

La historia de los hechos es esta: Con fecha 3 de abril de 1935, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta admitió la tercería propuesta por el doctor Rafael Martínez Sarmiento como apoderado del señor Arcadio B. Barros, en el juicio ejecutivo que adelanta el señor Juan Lázaro Robles contra el Departamento del Magdalena. Dicha tercería se admitió sólo por la suma de $ 5,277.81. Este auto quedó notificado a las partes el seis de abril siguiente.

El 6 de mayo de 1936, el doctor Candelario García pidió como apoderado del señor Arcadio B. Barros, que se dictara orden de pago por la vía ejecutiva contra el Departamento del Magdalena por los intereses devengados y los que se devenguen hasta el día del pago. El Tribunal, en auto de 24 de junio de este año, accedió a lo pedido y resolvió que además de la suma mandada pagar en el auto en que se admitió la tercería, el Departamento del Magdalena debe pagar al señor Barros los intereses por la mora al seis por ciento anual. De este auto pidió reposición el señor Fiscal y en subsidio apeló para ante esta superioridad. La reposición le fue negada; pero el recurso se le concedió en el efecto devolutivo y se ordenó

dejar copia de lo conducente para la continuación del juicio.

El apoderado del señor Arcadio B. Barros pidió al Tribunal que se declarara desierto el recurso de apelación interpuesto por el señor Fiscal del Tribunal, contra el auto de 24 de junio, por haberse vencido el término para compulsar las piezas necesarias del expediente. El Tribunal negó lo pedido en providencia de fecha 5 de agosto pasado, que fue apelada por el interesado.

Para mayor claridad se estudian los dos autos apelados invirtiendo el orden de sus fechas.

Auto de 5 de agosto de 1936

El artículo 499 del C. J., dice que en los casos de apelación en el efecto devolutivo, "si la copia no se compulsa por culpa del apelante, el Juez, a petición de la contraparte, o por informe del Secretario, quien está en el deber de darlo de oficio, declara desierto el recurso".

El apelante en este caso es el señor Fiscal del Tribunal y de autos aparece que dicho funcionario no tuvo culpa alguna en el hecho de que la copia no se expidiera dentro del término de cinco días que señala la ley, porque el expediente respectivo se encontraba al despacho del magistrado sustanciador. La Sala de Casación Civil de la Corte, en sentencia de fecha 9 de octubre de 1935, estudió lo relativo a los términos judiciales y consideró que en éstos debe descontarse, "naturalmente, por imposibilidad física, el tiempo en que por hallarse al despacho del juzgado se sustrae el expediente a la disposición de las partes". (GACETA JUDICIAL Nos. 1907 y 1908).

Por tanto, se debe confirmar el auto apelado por ser jurídico.

Auto de 24 de junio de 1936

Esta providencia fue apelada por el señor Fiscal del Tribunal. Sobre ella dice lo siguiente el señor Procurador Delegado en lo Civil:

"El señor Barros presentó una demanda de tercería coadyuvante en el ejecutivo que contra el Departamento del Magdalena agita el señor Juan Lázaro Gómez, y en ella pidió que se disponga que con el producto de los bienes embargados se le pague a prorrata un crédito a su favor por $ 8,750.02 y sus intereses legales.

"El auto de admisión de la tercería habló expresamente del capital, sin hacer referencia a intereses.

"Con tal motivo el tercerista pidió que se aclarara lo solicitado en la primera parte del libelo de demanda en lo relacionado con tales intereses, lo que en términos del derecho procedimental equivale a pedir reposición de un auto para que se aclare, pero tal solicitud la hizo hallándose ya ejecutoriado el auto primitivo.

"La Procuraduría no puede ocultar el asombro que le ha causado la lectura de este expediente donde aparece el desconocimiento de claros artículos de la ley de procedimientos civiles o al menos el desvío hacia algunos de sus preceptos fundamentales, por parte de todo un Tribunal Superior de uno de los Distritos Judiciales de la República.

"En efecto, el Tribunal llama auto ejecutivo (fs. 48 vto. y 50 vto. cuaderno id.) un auto fechado el 10 de diciembre de 1934 en que se admite una demanda de tercería (fs. 44 id.).

"Pero hay algo más: a fs. 51 vto. ordena el mismo Tribunal en el auto fechado el 24 de junio de este año que se proceda por el secretario a hacer la liquidación de los intereses de la suma cobrada por medio de la tercería de que se habla, y la cual apenas se ha iniciado, sin que ni siquiera se haya dictado el auto de apertura a pruebas, lo que implica ya algo más grave: condenar al Departamento del Magdalena al pago de intereses e implícitamente al pago de capital, sin haber sido oído y vencido en juicio y con violación del art. 26 de la carta magna.

"Olvida el mismo Tribunal que la tercería, como lo dice el art. 1062 del C. J., no es otra cosa que una solicitud de un tercero para que con el producto de los bienes embargados en una ejecución se le pague preferentemente, o a prorrata, un crédito contra el ejecutado cuyo título preste mérito ejecutivo" (art. 1062 del C. J.), y que esa demanda da origen a un juicio especial que se abre a pruebas por quince días y del cual se da traslado, vencido dicho término, por un lapso de seis días comunes, y que posteriormente viene la sentencia de prelación o graduación de créditos que es donde en definitiva viene a fallarse sobre la suma que por capital e intereses debe el ejecutado (artículo 1067 del C. J.).

"El auto fechado el 24 de junio del año en curso y que os corresponde revisar a virtud del recurso de alzada interpuesto por la Fiscalía del Tribunal Superior de Santa Marta, dispone que además de la suma que se ordenó pagar en el auto de admisión de la tercería, (en el auto de admisión de la tercería no se ordenó ni se podía ordenar el pago de suma alguna) el Departamento del Magdalena pague al tercerista Barros los in-

tereses por la mora a razón de seis por ciento anual.

"A primera vista se destaca lo irregular de tal providencia, pues el auto de admisión de la tercería a que ese proveído se refiere no es un mandamiento de pago, como erróneamente lo afirma dicho Tribunal, sino un simple auto de admisión de una demanda de tercería.

"En tal virtud el memorial de fs. 50 ha debido negarse por improcedente".

La Sala encuentra jurídicas las observaciones del señor Procurador. En efecto, en el auto en que se admite una tercería sólo se debe examinar si el crédito presta mérito ejecutivo y si se cumplieron las exigencias del art. 1063 del C. J. Pero ni en esa providencia ni en otras posteriores se debe entrar a calificar el crédito ni a hacer apreciaciones que son materia de la sentencia de graduación de créditos, la cual se dicta una vez terminada la tramitación señalada en el procedimiento judicial. El auto apelado es injurídico y debe ser revocado, porque el Tribunal no tenía facultad para entrar a decidir antes de la sentencia sobre la obligación del ejecutado de pagar los intereses legales correspondientes al crédito.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, de acuerdo con el señor Procurador Delegado en lo Civil, resuelve:

1º Confirmar el auto de fecha cinco de agosto pasado, dictado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, que negó la declaración de estar desierto un recurso de apelación interpuesto por el Fiscal.

2º Revocar el auto de fecha veinticuatro de junio de este año, dictado por el mismo Tribunal, por medio del cual se ordenó al Departamento del Magdalena pagar determinados intereses, y declarar que no hay lugar a hacer las declaraciones pedidas por el apoderado del señor Arcadio B. Barros en su memorial de fecha seis de mayo pasado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Eleuterio Serna R., Aníbal Cardoso Gaitán, Pedro A. Gómez Naranjo. Gustavo Gómez Hernández, Secretario.

DEMANDA SOBRE PAGO DE UNAS LIBRANZAS

Como lo que se declara no es la prescripción de una deuda, sino la de la acción ordinaria para intentar el reconocimiento de los derechos que el actor cree tener por el acto ejecutado por un órgano del Estado al cancelar definitivamente unas libranzas de salinas, la declaración de la prescripción tiene su apoyo en el artículo 2536 del C. C., disposición que es aplicable en favor de la Nación porque ningún texto legal excluye a dicha entidad de ese beneficio. Una cosa es la declaratoria de prescripción de una deuda en cumplimiento de la ley y otra muy distinta la moratoria, que es la suspensión del pago de una deuda, sin desconocer la respectiva obligación.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, noviembre diez y ocho de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro A. Gómez Naranjo)

El señor Belisario Ruiz N. presentó ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá demanda ordinaria contra la Nación para que sea condenada a lo siguiente:

"A pagarme por el Tesoro Público de la Nación, el valor de los siguientes documentos de deuda interna, de que soy propietario o tenedor, a saber: Treinta y dos (32) libranzas expedidas al portador por los Estados Unidos de Colombia el veinticuatro (24) de octubre de mil ochocientos ochenta y tres (1883), de valor nominal de quinientos pesos ($ 500) cada una y distinguidas con los números 00107 a 00137 y 00139".

Tramitado legalmente el juicio, sin que se observe en él ninguna causal de nulidad, el Tribunal le puso fin con la sentencia de primera instancia de fecha seis de agosto de mil novecientos treinta y cuatro, en la cual se declara que la Nación debe pagar al demandante las libranzas presentadas en este juicio, por valor nominal de quinientos pesos cada una, o su equivalente en la moneda actual.

El señor Fiscal 1º del Tribunal apeló del fallo y el recurso se le concedió en el efecto suspensivo. Esta Sala, en auto de cinco de marzo pasado, se abstuvo de conocer de la apelación y ordenó devolver el nego-

cio al Tribunal de origen, porque estimó que no tenía jurisdicción, ya que el auto que concedió el recurso fue firmado por un solo magistrado. Subsanada la irregularidad, y dictado por la Sala el auto que concede la apelación, el negocio volvió a la Corte. Tramitada legalmente la segunda instancia, se procede a dictar el fallo definitivo, previas las siguientes consideraciones:

Es importante hacer una síntesis breve del asunto. La ley 49 de 1881 concedió al Estado de Boyacá un auxilio de $ 50,000, de las rentas nacionales, con aplicación exclusiva a la apertura del camino de herradura de Occidente, que parte de la ciudad de Chiquinquirá y va a terminar en el río Magdalena. Se ordenó pagar dicha suma en libranzas admisibles en el diez por ciento del producto bruto de la renta de salinas. Se organizó una Junta para el manejo de los fondos y se estableció que el Estado de Boyacá garantizaría con la totalidad de sus rentas la inversión del auxilio concedido por dicha ley.

La ley 10 de 1882, aumentó el auxilio a $ 150.000 y estableció que el pago se haría en libranzas admisibles en el 20 por 100 del producto bruto de la renta de Salinas. El artículo 13 de la ley 46 del mismo año, declaró la renta de salinas de Cundinamarca gravada con el 20 por 100 destinado para la amortización de las libranzas autorizadas en la ley 10. En enero y en octubre de 1882, se emitieron 200 libras del 20 por 100 de la renta de salinas por valor de $ 100,000. De estas libranzas se amortizaron hasta el mes de marzo de 1884, $ 82,000. El Decreto Legislativo Nº 491 de 1902, ordenó la cancelación de algunos documentos de deuda pública, y en cumplimiento de ese Decreto la Dirección de Crédito Público, en 31 de octubre de 1902, procedió a cancelar en la cuenta general del Tesoro la suma de $ 18,000, saldo de las libranzas del 20 por 100 del producto bruto de las salinas, quedando desde esa fecha cancelada tal cuenta.

El señor Agente del Ministerio Público al contestar la demanda, negó el derecho, causa o razón en que se funda y propuso la excepción de inexistencia de la obligación, puesto que las libranzas en referencia quedaron amortizadas por ministerio del Decreto Legislativo Nº 491 de 1902. Acompañó a los autos una copia de la Resolución del Ministerio de Hacienda y Crédito Público que negó el pago de las 32 libranzas, pedido por el doctor Luis F. Reyes Llaña como apoderado del señor Belisario Ruiz M. Tal providencia dice así:

"Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Resolución Nº 288 de 1933.—(Septiembre 5).—Por la cual se niega el reconocimiento y pago de unas libras.

"El Ministro de Hacienda y Crédito Público

en uso de sus facultades legales, y

Considerando:

"1º Que el doctor Luis F. Reyes Llaña en su carácter de apoderado del señor Belisario Ruiz N., pide en memorial de fecha 11 de mayo último, el reconocimiento y pago de 32 libranzas de valor nominal de $ 500.00 cada una, de las expedidas el 24 de octubre de 1883 contra el veinte por ciento del producto bruto de la renta de salinas, de conformidad con las leyes 10 y 40 de 1882;

"2º Que el Decreto Legislativo Nº 491 de 18 de marzo de 1902 (D. O. Nº 11664), ordena el registro de varios documentos de deuda pública, antes del 1º de octubre de 1902, y la cancelación inmediata, entre los cuales figuran las libraszas del veinte por ciento del producto líquido de las Salinas, y

"3º Que el ordinal del artículo 1º de dicho Decreto dice: 'Cualquiera de estos documentos que no se haya registrado dentro de la fecha indicada, quedará amortizado por ministerio del presente decreto, y la oficina respectiva describirá en los libros la correspondiente partida de cancelación,

Resuelve:

"No se accede al pago y reconocimiento de las 32 libraszas del veinte por ciento del producto líquido de las salinas, de que es dueño el señor Belisario Ruiz N., por estar comprendidas entre los documentos de que habla el decreto legislativo Nº 491 de 1902 ya citado.

Comuníquese y hágase saber.

El Ministro, E. Jaramillo".

Tanto el Ministerio de Hacienda y Crédito Público para negar el pago de las libranzas, como el Agente del Ministerio Público para oponerse a la acción ordinaria iniciada por el tenedor de los documentos, se apoyan en el Decreto Nº 491 de 18 de marzo de 1902. Dicho Decreto resolvió lo siguiente:

"Art. 1º Los tenedores de libranzas que se expresan a continuación, a saber:

Libranzas contra las Aduanas y Salinas;
Libranzas del Ferrocarril de Cúcuta;
Libranzas contra las Aduanas del Pacífico;
Libranzas contra las Aduanas de la Costa Atlántica, y
Libranzas del 20 por 100 del producto bruto de las Salinas, las presentarán para su registro en la Dirección de Crédito Público antes del 1º de octubre del presente año, sin cuyo requisito no serán admitidas en los remates de Deuda Pública.

"Cualquiera de estos documentos que no se haya registrado dentro de la fecha indicada, quedará amortizado por ministerio del presente decreto, y la oficina respectiva describirá en los libros la correspondiente partida de cancelación".

Este decreto es de carácter legislativo y tiene, por tanto, fuerza de ley, con arreglo al artículo 11 de la ley 153 de 1887. La Dirección de Crédito Público, en el asiento respectivo de fecha 31 de octubre de 1902, declaró saldadas las libranzas en cuestión de conformidad con lo establecido en el decreto.

El Tribunal, en apoyo de sus conclusiones, expone los siguientes argumentos:

"El Poder Ejecutivo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 121 de la Constitución Nacional, y dadas las circunstancias expresadas por el Presidente de la República en su mensaje al Congreso, fechado el 10 de junio de 1903, ejercía las funciones de legislador en la época en que expidió el Decreto Nº 491 de 1902, pero es claro que en el ejercicio de esas facultades sólo podía dictar medidas necesarias para la defensa de los derechos de la Nación o reprimir el alzamiento, según los términos claros del artículo citado.

"Atrás se dijo que por virtud de lo dispuesto en la ley 46 de 1882, el veinte por ciento del producto bruto de la renta de salinas, quedó gravado con la suma que de esa renta se destinó para el fomento de las obras públicas en ella enumeradas, entre las cuales se enuncia la parte correspondiente para la amortización de las libranzas autorizadas por la ley 10 del mismo año. Si el Poder Ejecutivo necesitaba librar la renta de las salinas de ese gravamen para poder atender con su producto a las necesidades de la guerra, podía, de acuerdo con la disposición constitucional citada, variar la forma de pago ordenada por la ley 46 de 1882, pero sin desconocer los derechos de los acreedores, declarando canceladas sus acreencias, ya que esto último no era necesario para el restablecimiento del orden público.

"Los derechos adquiridos con justo título, con arreglo a las leyes civiles, no pueden ser desconocidos ni violados por leyes posteriores, dice el artículo 31 de la Constitución Nacional. Los tenedores de las libranzas, tenían un derecho adquirido consistente en el crédito contra la Nación por la suma expresada en cada uno de esos documentos, luego ese derecho no podía desconocérseles por una ley posterior.

"La cancelación llevada a cabo por virtud de lo dispuesto en el Decreto número 491 mencionado es, pues, a juicio del Tribunal, ineficaz para hacer desaparecer las deudas acreditadas con las libranzas presentadas en el juicio, o mejor, esa cancelación no se ha efectuado en la forma ordenada por la misma ley que les dio existencia, cual es el pago de la cantidad expresada en cada una de ellas; luego la Nación debe su valor al demandante".

El señor Procurador General de la Nación en su escrito presentado el 18 de julio pasado, se expresó así:

"Precisa ahora refutar la aseveración contenida en el fallo recurrido del Tribunal Superior y en la cual se funda para reconocer las pretensiones del demandante. Dice: "Los derechos adquiridos con justo título, con arreglo a las leyes civiles, no pueden ser desconocidos ni violados por leyes posteriores, según el artículo 31 de la Constitución Nacional. Los tenedores de las libranzas, tenían un derecho adquirido consistente en el crédito contra la Nación por la suma expresada en cada uno de esos documentos, luego ese derecho no podía desconocérseles por una ley posterior".

"No puede sostenerse, como lo hace el Tribunal, que se violó aquel precepto constitucional con el decreto legislativo número 491 de 18 de marzo de 1902. En efecto: con haberse variado el sistema de pago de la deuda representada en las libranzas no se vulneró ningún derecho adquirido. Allí no se declara insubsistente el crédito contra la Nación sino que se señalan determinados requisitos para su amortización; y los portadores de ella pudieron llevarlas para su registro dentro del término estipulado, para luégo ser admitidas en el remate de la deuda pública.

"Lo propio sucedió con la Ley 87 de 1886 cuando al dividir la deuda interior de la república en deuda antigua y deuda nueva, no tuvo en cuenta lo relativo a la constitución de los créditos ni al modo de extinguirlos, para someterlos al sistema de amortización

por remate, y sin embargo, no se dijo, ni pudo decirse, que esa ley desconociera derechos adquiridos.

"Sobre derechos adquiridos hay que distinguir lo relacionado con su violación y desconocimiento y lo referente a su ejercicio, cargas y modo de extinguirlos. En cuanto a lo primero, la Carta Fundamental declara que los derechos adquiridos con justo título y buena fe, no pueden ser desconocidos ni vulnerados por una ley posterior. Pero otra cosa distinta es lo segundo, sobre lo cual, el artículo 28 de la Ley 153 de 1887, dice textualmente: "Todo derecho real adquirido bajo una ley y en conformidad con ella, subsiste bajo el imperio de la otra; pero en cuanto a su ejercicio y cargas, y en lo tocante a su extinción, prevalecen las disposiciones de la nueva ley".

"Con el decreto que se analiza no se desconocieron los derechos que tenían los portadores de las libranzas para que fueran satisfechos sus créditos por la Nación; solamente que reglamenta el ejercicio de esos derechos y el modo de extinguirlos, por medio del requisito del registro y de la forma de remates para el pago.

"El mismo principio está consagrado en el artículo 29 siguiente, al hablar de la posesión adquirida bajo el imperio de una ley anterior, y para la cual se prescribe que "no se retiene, pierde o recupera bajo el imperio de una ley posterior, sino por los medios o con los requisitos señalados en la nueva ley". Como se ve, no se trata de desconocimiento alguno, sino del implantamiento de nuevas formalidades para ejercitar el derecho y para declararlo extinguido. Sin el señalamiento de dichos requisitos en la ley posterior, la posesión no puede retenerse, perderse o recuperarse, lo cual sería darle efecto retroactivo a dicha ley, lastimando derechos adquiridos.

"De donde se desprende que el Tribunal incurrió en un error manifiesto al declarar haberse desconocido el derecho adquirido por los tenedores de las libranzas "consistente en el crédito contra la Nación", por cuanto que el decreto tantas veces citado, no desconoció el crédito de aquellos tenedores, dado que ellos pudieron hacer registrar sus títulos y conseguir el pago correspondiente. Solamente varió el procedimiento, según se ha visto, sin desconocer ni lesionar derecho alguno".

Y agregó lo siguiente:

"Pero hay todavía más: en el supuesto de que el fallo del Tribunal que vais a revisar estuviera bien fundado, habría que concluir por otra parte, que era procedente la acción ordinaria contra la Nación por el supuesto desconocimiento de derechos adquiridos por los tenedores de las libranzas, a partir del 1º de octubre de 1902, y que, en ese caso, lo sería la que ha intentado el señor Belisario Ruiz. Pero admitido esto, hay que tener en cuenta las consecuencias propias de esta acción y como el demandante ha dejado trancurrir, para promoverla, un término mayor de treinta años, la acción ha prescrito conforme al artículo 2536 del C. C."

Como el representante de la entidad demandada alega expresamente la prescripción extintiva de la acción es necesario entrar a estudiar de preferencia esta excepción, antes de considerar la cuestión de fondo.

Conforme al artículo 2535 del C. C., la prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos exige solamente cierto lapso de tiempo durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones. Y el artículo 2536 de la misma obra, señala el término de veinte años para la prescripción de la acción ordinaria, que se cuentan desde que la obligación se haya hecho exigible.

En el caso que se estudia, la Dirección de Crédito Público, en cumplimiento del Decreto Legisaltivo número 491 de 1902, canceló con fecha primero de octubre del mismo año en la cuenta general del tesoro la suma de $ 18,000, saldo de las libranzas del 20% del producto bruto de las salinas. Por consiguiente, el derecho que el demandante pudiera tener para reclamar contra esa cancelación, surgió desde la fecha indicada.

La demanda ordinaria contra la Nación para que fuera condenada al pago del valor de las libranzas canceladas en aquella fecha, fue presentada el cinco de octubre de mil novecientos treinta y tres, es decir, mucho tiempo después de vencido el término de veinte años señalado por el artículo 2536 del C. C. para que quedara consumada la prescripción de la acción ordinaria. Por tanto, la declaratoria de la prescripción solicitada por el señor Procurador es procedente.

El señor apoderado del demandante dice lo siguiente en su alegato de conclusión:

"Es así mismo inaceptable la tesis de dicho alto funcionario, de estar prescrita la acción ordinaria, porque lo relativo a documentos de deuda pública se rige por leyes especiales, como son las que autorizan su emisión, o su conversión, las de crédito público y por el Código Fiscal y en ellas no está consagrada la prescripción de acciones, porque ello atentaría contra la seriedad fi-

naciera del Estado, contra la fe oficial y contra su crédio interno y externo.

"Si la tesis del señor Procurador tuviera asidero sería aconsejable se hiciera conocer de los tenedores de papeles de crédito público especialmente en el extranjero, en cuanto a los bonos y cédulas externas, cuya moratoria se viene cumpliendo por el Gobierno hace varios años, a fin de que estén alerta porque dentro de los diez años de la moratoria y al cumplirse ésta prescribe la acción ejecutiva y luégo la ordinaria a los veinte años".

Sobre esto se observa:

En el presente caso se trata de una deuda que la Nación declaró extinguida en cumplimiento de un decreto legislativo y que dicha entidad desconoció—por tanto—desde el primero de octubre de 1902. Después de esa fecha la Nación no reconoció en forma alguna la existencia de esa obligación y por el contrario, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en Decreto número 288 de 1933, de fecha 5 de septiembre, negó el pago de las libranzas que han sido materia de este juicio, por considerar que quedaron amortizadas desde el año de 1902. Además, lo que se declara no es la prescripción de una deuda como lo entiende el apoderado del demandante, sino la de la acción ordinaria para intentar el reconocimiento de los derechos que el actor cree tener por el acto ejecutado por un órgano del Estado al cancelar definitivamente las libranzas de salinas de que se ha hecho mención. La declaratoria de la prescripción de la acción tiene su apoyo en el artículo 2536 del C. C., disposición que es aplicable en favor de la Nación porque no hay ningún texto legal que excluya a dicha entidad de ese beneficio.

Los peligros que anota el demandante no tienen fundamento, porque una cosa es la declaratoria de la prescripción de una acción en cumplimiento de la ley y otra muy distinta la moratoria, que es la suspensión del pago de una deuda, sin desconocer la respectiva obligación. El doctor Esteban Jaramillo en un concepto que dio al Secretario de Hacienda del Municipio de Bogotá, el 3 de febrero de 1936, al emitir su opinión sobre lo que es una moratoria, dijo: "La deuda no se ha repudiado, el contrato no ha dejado de existir, pero la obligación de pagar está suspendida por tiempo indefinido".

En mérito de lo expuesto, la Córte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, de acuerdo con el señor Procurador y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, revoca la sentencia apelada y en su lugar declara prescrita la acción ordinaria en este juicio.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Eleuterio Serna R., Aníbal Cardoso Gaitán, Pedro A. Gómez Naranjo. Gustavo Gómez Hernández, Srio.

PRESCRIPCION DE LA ACCION EJECUTIVA

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, diciembre primero de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Eleuterio Serna R.)

Para decidir el incidente de excepciones que ha propuesto el señor José Bechara en el ejecutivo que, en nombre de la Nación, le adelanta el juzgado nacional de ejecuciones fiscales de Bogotá, se resume la historia del negocio, que es como sigue:

José Bechara, como socio administrador de la casa Bechara Hermanos de Cartagena, giró a la casa del mismo nombre de Girardot, en los meses de enero, noviembre y diciembre de 1922, varias libranzas a favor del Administrador de la Aduana del Puerto de Cartagena, por una suma total de siete mil ciento setenta y tres pesos setenta y ocho centavos ($ 7,173.78).

Como el valor de las libranzas no fuese cubierto, el Tesorero General de la República, con oficio número 69 de 26 de febrero de 1923, las remitió al juez de ejecuciones fiscales, quien, el día 31 de julio de 1928, previo el reconocimiento que de las libranzas hizo el señor Bechara, libró ejecución por la suma de dos mil veintiséis pesos ochenta y siete centavos ($ 2,026.87), a que ascendía el valor de las libranzas vencidas hasta esa fecha. Según consta en el auto, Bechara cubrió en el acto de la notificación la cantidad de $ 200.00; pero, conforme a liqui-

dación posterior (fs. 49 del C. 1º), la cantidad abonada fue la de $ 700.00.

Posteriormente, el día 14 de diciembre de 1923, el mismo juez libró ejecución por la suma de cinco mil ciento setenta y ocho pesos noventa y un centavos ($ 5.168-91), valor de las otras libranzas vencidas.

En varias fechas hizo el ejecutado abonos por la suma de cinco mil ochocientos sesenta y ocho pesos ($ 5.868), que, sumados con los setecientos ($ 700.00), abonados al serle notificada la primera ejecución, dan un total de seis mil quinientos sesenta y ocho pesos ($ 6.568-00), según la liquidación que obra a folios 49 y 50 del cuaderno 1º.

El juicio estuvo abandonado desde el día 18 de mayo de 1925, sin que se hiciera gestión alguna con el ejecutado, hasta el veintisiete de marzo del presente año en que el mismo juez libró ejecución contra el mismo Bechara, como "socio de la extinguida sociedad comercial Bechara Hermanos", por la suma de siete mil ciento sesenta y tres pesos setenta y ocho centavos ($ 7.173-78), que es la misma cantidad porque antes se le había ejecutado el día 3[illegible] de julio y el día 14 de diciembre de 1923, como se deduce claramente de esta parte del auto en mención:

"La Tesorería General de la República remitió al Juzgado, con oficio marcado con el número 69 de fecha 26 de febrero de 1923, para su cobro por la vía ejecutiva, las libranzas que obran en los autos, por derechos de importación, a cargo de los señores Bechara Hermanos, por una suma total de $ 7.173-78, libranzas que fueron aceptadas por el señor José Bechara, en su carácter de socio administrador o gerente de la casa, según consta de la diligencia de 31 de julio de 1923".

Para esta nueva ejecución, el ejecutado propuso las siguientes excepciones:

"1ª—Prescripción de la acción ejecutiva, basada en el transcurso de un lapso mayor de diez años, en cuanto se refiere a la sociedad Bechara Hermanos. (Art. 2536 C. C.).

"2ª—Abandono del juicio por más de tres años.

"3ª—Prescripción de la acción contra mí, en mi calidad de socio no liquidador, basada en que han transcurrido más de cinco años de la liquidación de la nombrada sociedad Bechara Hermanos, como se desprende de la escritura pública número 627, de fecha 20 de julio de 1924, otorgada en la notaría primera del circuito de Cartagena, y que en copia debidamente registrada obra en autos. (Art. 545 del C. de Co.)".

El ejecutado pidió que se tuvieran como pruebas todos los documentos que obran en el juicio, y así se dispuso.

Habiendo recibido el incidente la tramitación que le corresponde, es el caso de entrar a decidirlo, para lo cual se considera:

En su alegato de conclusión, el señor Procurador Delegado en lo Civil, se expresa así:

"El juzgado nacional de ejecuciones fiscales de Girardot libró orden de pago por la vía ejecutiva a cargo de Bechara Hermanos, sociedad colectiva de comercio, domiciliada en Cartagena, y a favor de la Nación, por la suma de siete mil ciento setenta y tres pesos con setenta y ocho centavos ($ 7.173-78), procedentes de varias libranzas relativas a derechos de importación de varios bultos de mercancías introducidas por la aduana de Cartagena (fs. 21 a 22 vto. del cuaderno Nº 1), y por los intereses respectivos a razón del uno por ciento (1%) mensual.

"Como el representante de la sociedad ejecutada, señor José Bechara, hiciera varios abonos a la ejecución, aparece a folios 48 una liquidación, que la Procuraduría acoge, y de ella resulta un saldo de capital por la suma de mil quinientos cuatro pesos y cincuenta y cinco centavos ($ 1.504-55) que la casa ejecutada debía el 14 de agosto de 1924.

"Como el ejecutado propusiera algunas excepciones, los autos respectivos se hallan hoy al estudio de la Honorable Corte.

"Tales excepciones son: 1ª "Prescripción de la acción ejecutiva"; 2ª "Abandono del juicio por más de tres años", y 3ª "Prescripción de la acción ejecutiva contra la persona de José Bechara".

"Las dos primeras constituyen una sola excepción, y al estudio de ella se procede en seguida.

"El pago de las obligaciones de que trata este juicio se hizo exigible con anterioridad al año de 1923, y aunque la notificación del auto ejecutivo llevada a cabo el 31 de julio de 1923 interrumpió la prescripción de esta acción, que aparece consagrada en el art. 2536 del Código Civil, es lo cierto que de folios 43 a 44 se encuentra que la ejecución fue abandonada por un lapso mayor de tres años, con motivo de lo cual la interrupción de la prescripción no produjo sus efectos legales, de conformidad con el ordinal 2º del artículo 2524 de la misma obra.

"Y como la prescripción de la acción ejecutiva alegada por el excepcionante, no sólo favorece a la sociedad colectiva Bechara Hermanos, sino también al socio gestor José Bechara, este despacho observa que por auto ejecutivo dictado el 27 de marzo de

1936 la acción ejecutiva fue dirigida también contra José Bechara (fs. 71 y 72, cuaderno id), y que por lo tanto la excepción de que se trata se halla plenamente probada, aun respecto de éste".

Como desde el mes de diciembre de 1923, época en que se hicieron exigibles todas las libranzas, hasta el 27 de marzo de 1936, transcurrió un lapso de más de diez años, la prescripción de la acción ejecutiva se había cumplido en esta última fecha. Pero como podría creerse que las ejecuciones libradas el 31 de julio y 14 de diciembre de 1923, interrumpieron esa prescripción, es lo cierto que el abandono del juicio ejecutivo por un tiempo de más de tres años dejó sin efecto la interrupción, al tenor del inciso 2º del artículo 2524 del Código Civil, aunque el ejecutante sea el Estado, como lo ha sostenido la Corte, según se ve de la doctrina sentada en la sentencia de cuatro de septiembre de mil novecientos treinta y cinco. (GACETA JUDICIAL, números 1905 y 1906, págs. 224 y 225).

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, declara probada la excepción de prescripción de la acción ejecutiva, ordena cesar la ejecución y desembargar los bienes que se hubieren embargado.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase.

Eleuterio Serna, Aníbal Cardozo Gaitán. Pedro A. Gómez Naranjo. Gustavo Gómez Hernández. Secretario.

PREFERENCIA POR PRIVILEGIO PARA LOS CREDITOS DEL FISCO. — UNA TERCERIA COADYUVANTE

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, diciembre once de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente, Dr. Eleuterio Serna R.)

En el juicio ejecutivo que con jurisdicción coactiva sigue el Recaudador de Impuesto sobre la Renta contra Hernán Isaacs por suma de pesos, proveniente del impuesto con que se le gravó en los años de 1932 y 1933, por los intereses al uno por ciento mensual (1%) por cada mes o fracción de mes de demora y por las costas del juicio, el doctor Luis Orozco López en memorial de seis de agosto del presente año estableció demanda de tercería coadyuvante para que con el producto de los bienes embargados al ejecutado se le pague a prorrata la suma de quinientos pesos ($ 500-00), más los intereses correspondientes y las costas del juicio.

Acompañó a su demanda la letra de cambio girada por el tercerista el 5 de junio de 1935 en contra del ejecutado, quien la aceptó para pagarla treinta días fecha, y con intereses de retardo al uno por ciento (1%) *mensual*.

El señor Juez ejecutor remitió el juicio a la Corte para que conociera de él en virtud de la atribución 5ª del artículo 36 del Código Judicial. Como ya se ha surtido la tramitación plena de la instancia, ha llegado el momento de dictar la sentencia de graduación que corresponda, y para ello se observa:

De conformidad con el numeral 6º del artículo 2594 del Código Civil, "los créditos del fisco y los de las municipalidades por impuestos fiscales o municipales devengados", gozan de preferencia por privilegio, que los califica como de primera clase, y como tales afectan todos los bienes del deudor, y a su pago están dedicados todos esos bienes como concurrencia del valor total. En este caso está el crédito que se cobra por la Nación con sus intereses al ejecutado Hernando Isaacs, ya que él procede de impuesto fiscal constituído por la contribución sobre la renta.

El crédito del tercerista doctor Orozco López pertenece a la quinta clase, y no goza de preferencia, en los términos del artículo 2509 de la misma obra. De modo que aunque el ejecutado no objete este crédito —el cual debe aceptarse en la sentencia como plenamente probado— no por eso ha adquirido calidad preferencial que autorice concederle paridad con el que cobra la Nación.

Según el numeral 1º del citado artículo 2495, a todos los créditos que se reconozcan, privilegiados o no, pertenecen las costas judiciales que se causen en interés general de los acreedores; por manera que en este caso la prelación corresponde, en primer térmi-

no, a las costas generales de ambos créditos, y al que cobra la Nación; y en segundo, al crédito del tercerista por quinientos pesos ($ 500-00), probado con la letra de cambio mencionada, hasta concurrencia de su valor por capital e intereses y en consonancia con el artículo 2511 del Código Civil.

Previas las anteriores 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, resuelve:

Primero.—Está probado el crédito del tercerista doctor Luis Orozco López.

Segundo.—Con el producto de los bienes rematados o que se rematen, se hará el pago en este juicio del siguiente modo:

a) Las costas judiciales en interés general de los acreedores, las que deben tasarse;

b) El crédito a favor de la Nación y los intereses de demora, apreciados de acuerdo con el auto ejecutivo, y costas particulares;

c) El crédito del doctor Luis Orozco López, con sus intereses y costas particulares.

Publíquese, notifíquese, cópiese, y oportunamente devuélvase el negocio a la oficina de origen.

Eleuterio Serna R., Aníbal Cardoso Gaitán, Eduardo Esguerra Serrano, Gustavo Gómez Hernández, Secretario.

VENTA DE LA FINCA HIPOTECADA

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, diciembre quince de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente, Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

Conoce la Corte, en virtud de apelación propuesta por el señor Fiscal 1º del Tribunal Superior de Bogotá y concedida por dicha entidad contra la sentencia proferida el veintiocho de febrero del año en curso, del juicio especial de venta de la cosa hipotecada seguido por el Departamento de Cundinamarca contra el señor Carlos de la Espriella.

La demanda se encamina a obtener que con el producto de la venta se pague al Departamento la cantidad de diez y ocho mil pesos ($ 18.000) moneda corriente colombiana y los intereses legales de esta suma desde cuando se hizo exigible hasta el día del pago, más las costas del juicio.

El señor Carlos de la Espriella y el Departamento celebraron un contrato, el día 22 de agosto de 1929, en virtud del cual el primero contrajo varias obligaciones, y por medio de la escritura número 4064 bis de 12 de noviembre del mismo año, de la Notaría 2ª de Bogotá, constituyó hipoteca de primer grado sobre la casa número 31-B de la calle 24 de esta ciudad, alinderada así: "Por el Norte, calle 24 de por medio, el parque de la Independencia; por el Occidente, con casa que fue de Luis González Mutis y hoy de herederos de Luis Aparicio; por el Sur, con casa que es o fue de Néstor Peralta, y por el Oriente con casa de Beatriz Pardo".

En la escritura 4064 bis citada, se lee: "La Administración de la Lotería de la Beneficencia de Cundinamarca continuará a cargo del contratista de la Espriella, por el término de treinta y tres meses, contados desde el doce de junio del año en curso, que expirará por lo tanto el día doce de marzo de mil novecientos treinta y dos. Segunda. El contratista pagará al Departamento durante todo el plazo señalado en la cláusula anterior como cánon para el Departamento en los sorteos ordinarios y extraordinarios que celebre, el catorce por ciento (14%) del valor total de los billetes que se emitan y que para el efecto el contratista se obliga a considerar vendidos en su totalidad. Tercera. Durante los treinta y tres meses de que trata la cláusula primera de este contrato el valor mínimo de la edición de los billetes en cada sorteo ordinario será de veinte mil pesos ($ 20.000) correspondiéndole al Departamento como cánon por cada uno de ellos, la suma de dos mil ochocientos pesos ($ 2.800), siendo entendido que si el contratista resuelve aumentar el valor de los sorteos, el cánon para el Departamento aumentará proporcionalmente, sujeto siempre al catorce por ciento ya citado... Cuarta. El contratista se obliga a pagarle los cánones que le corresponden al Departamento en las oficinas de la Administración principal de Hacienda del Departamento antes de verificar el respectivo sorteo".

Por medio de la escritura pública número 4221, del 24 de junio de 1931, Notaría 2ª de Bogotá, se hace constar, en convenio del Departamento con De la Espriella, que éste último dejaba de tener desde esa fecha la calidad de Administrador de la Lotería, y se hacen además estas declaraciones: "Primera. Como valor de todas las prestaciones a que el otorgante De la Espriella tenga o puede tener derecho por virtud del contrato

ya mencionado y de los anteriores por él reformados y prorrogados y en especial como valor de los enseres y útiles y organización de que habla la cláusula quinta de aquel contrato, la Junta de Beneficencia le reconoce y le ha pagado en moneda corriente la cantidad de quince mil pesos ($ 15,000), y el contratante De la Espriella en cambio transfiere al Departamento de Cundinamarca, con destino a la beneficencia pública, representada por la Junta General del ramo, la plena propiedad de tales enseres, útiles y organización, y todos los derechos que sobre ellos tenga o pueda tener, siendo de advertir que de los útiles, enseres y elementos materiales de la organización, se ha formado un inventario separado, en tres ejemplares, uno para cada parte otorgante, y por ellas suscrito. Segunda.—De la Espriella se reconoce deudor del Departamento de Cundinamarca, representado para este efecto por la Junta General de Beneficencia, de la cantidad de dieciocho mil pesos ($ 18,000), valor total de los billetes vendidos para el sorteo número cuatrocientos setenta y cuatro (474) de veintidós (22) de junio, cantidad que queda garantizada con la hipoteca constituída en la ya citada escritura número doce (12 (sic) de noviembre de mil novecientos veintinueve (1929). La Junta de Beneficencia en cambio se obliga a pagar por su cuenta todos los premios del referido sorteo... Tercera.—La Junta de Beneficencia se compromete a pagar por cuenta del otorgante De la Espriella todos los premios y aproximaciones correspondientes al sorteo número cuatrocientos setenta y tres (473) del quince (15) del presente y a los anteriores a dicha fecha que estén pendientes. Como De la Espriella calcula el monto total de los referidos premios y aproximaciones en la cantidad de tres mil pesos ($ 3,000), el mismo se obliga a entregar a la Junta de Beneficencia, la indicada cantidad de tres mil pesos ($ 3,000), para que con ella se cubran los premios y aproximaciones. Cualquier exceso sobre la suma de tres mil pesos ($ 3,0000) que la Junta tuviere que pagar por el indicado concepto, lo cargará a De la Espriella, con imputación a la garantía hipotecaria ya mencionada. Transcurridos seis meses contados desde el quince (15) de junio de mil novecientos treinta y uno (1931), la Junta liquidará esa cuenta y deducirá el saldo definitivo a su favor o a su cargo".

De las estipulaciones últimamente transcritas aparece que al terminar la administración de la Lotería que por virtud de convenios anteriores desempeñaba el señor De la Espriella, la situación por concepto de prestaciones estimables en dinero era entre las partes la siguiente: que el Departamento reconocía y pagaba en el mismo acto del contrato la cantidad de quince mil pesos ($ 15,000) a De la Espriella; que éste, en cambio, le transfería al Departamento la propiedad de enseres, útiles y organización establecidos; que De la Espriella se reconocía deudor del Departamento por la cantidad de dieciocho mil pesos ($ 18,000), valor de los billetes vendidos para el sorteo número cuatrocientos setenta y cuatro (474), cuyo pago tomaba a su cargo el Departamento; que éste asímismo debía pagar los premios y aproximaciones correspondientes al sorteo número cuatrocientos setenta y tres (473), y a los anteriores a dicha fecha que estuvieran pendientes, para lo cual se obligó a De la Espriella a entregar a la Junta la cantidad de tres mil pesos ($ 3,000); finalmente, que transcurridos seis (6) meses contados a partir del quince (15) de junio de mil noveciento treinta y uno (1931), la Junta liquidaría esta cuenta (subraya la Corte) y deduciría el saldo a su favor o a su cargo.

Como la obligación contraída por De la Espriella en la cláusula segunda de pagar al Departamento la suma de dieciocho mil pesos ($ 18,000), garantizada con la hipoteca referida, es un reconocimiento por De la Espriella como deudor del Departamento por dicha cantidad, en razón del pago que de los premios y aproximaciones del sorteo cuatrocientos setenta y cuatro (474) debía hacer el Departamento, sin que en la estipulación respectiva se agregue ninguna otra condición o requisito para la efectividad de la acreencia en favor del Departamento, el solo cumplimiento por parte de éste de la obligación de pagar los tales premios y aproximaciones, hace surgir el derecho correlativo de la entidad pública al pago de la cantidad allí fijada. No ocurre lo propio respecto de la estipulación consignada en la cláusula tercera, conforme a la cual el Departamento se comprometió a pagar los premios y aproximaciones correspondientes al sorteo cuatrocientos setenta y tres (473), pues para este caso se acordó, además del pago por De la Espriella de la cantidad de tres mil pesos ($ 3,000), que cualquier exceso sobre esa suma que la Junta tuviere que pagar lo cargaría a De la Espriella, y que transcurridos seis (6) meses contados del quince de junio de 1931, la Junta liquidaría "esta cuenta" y deduciría el saldo a su favor o a su cargo. Lo que significa que antes de la liquidación del saldo de que aquí se trata no se podía saber de qué suma resultaba deudor De la Espriella al Departamento.

La obligación contraída por De la Espriella del pago de dieciocho mil pesos ($ 18,000) lo fue por una suma fija, no sujeta a ulterior liquidación; la deuda relacionada con los tres mil pesos ($ 3,000) sí requería una previa liquidación de la cuenta entre el Departamento y De la Espriella en el punto o materia (sorteo 473) a que debían aplicarse.

Se ha extendido la Sala en el examen cuidadoso de las referidas obligaciones contraídas por De la Espriella porque en su concepto ello es interesante al estudiar la sentencia que se revisa, pues en ella se declara que no prospera la acción propuesta en la demanda por no haber acreditado el saldo líquido a cargo del señor De la Espriella, ya que en concepto del Tribunal la suma que se cobra "está sujeta a deducciones o aumentos indeterminados".

Es verdad, como lo anota el Tribunal, que en la cláusula cuarta de la citada escritura Nº 1421 se dice que "Liquidada definitivamente la cuenta de que trata la cláusula anterior (o sea la tercera, siendo la segunda la que trata de la obligación por $ 18,000) y verificado a De la Espriella el abono o el cargo a que hubiere lugar, abono o cargo que aumentará o disminurá la cantidad de dieciocho mil pesos ($ 18.000)...", pero poniendo en relación la cláusula segunda con la cláusula cuarta, aparece que esta última carece de sentido en cuanto se refiere a aumentos o disminuciones de la cantidad de dieciocho mil pesos ($ 18.000), porque ésta suma no quedó sujeta por ningún concepto a fluctuaciones desde que representaba el valor total de los billetes vendidos para el sorteo cuatrocientos setenta y cuatro (474), que se comprometía a pagar la Junta a nombre del Departamento por no poderlo hacer De la Espriella.

Cosa distinta es que la responsabilidad que debía cubrir la garantía hipotecaria, aumentara o disminuyera sobre la base fija de dieciocho mil pesos ($ 18,000), por haberse dado la hipoteca para seguridad de todas las obligaciones que contrajo De la Espriella y por haberse estipulado que la hipoteca la cancelaría el Departamento tan pronto como expirase el término de la administración y siempre que el contratista hubiese cumplido todas las obligaciones a su cargo.

A este propósito el Tribunal dice lo siguiente: "De lo expuesto aparece que la suma de dieciocho mil pesos de la cual se constituyó deudor el demandado, quedó sujeta a un aumento o disminución por causa de la imputación que a favor o a cargo de De la Espriella debería hacerse según sobrara o faltara dinero después de pagar los premios y aproximaciones correspondientes al sorteo Nº 473 del 15 de junio de 1931 y de los anteriores a aquella fecha que estuvieran pendientes, y por tanto, el saldo a cargo del señor De la Espriella no puede conocerse mientras la Junta no efectúe la liquidación prevista en la cláusula tercera de la escritura y verifique el abono o el cargo respectivo, según se estipuló en la misma escritura.

"Con relación a lo que se acaba de exponer, no se conoce en los autos si De la Espriella entregó a la Junta los $ 3,000 con destino al pago de los premios y aproximaciones de que se ha hablado, pero es de suponerse que tal pago se haya efectuado, puesto que no se ha incluído en la demanda el monto de esa deuda, ni se ha hecho advertencia alguna en el libelo al respecto".

El propio Tribunal, en el pasaje transcrito, al afirmar que la suma de $ 18,000 quedó sujeta a aumento o disminución, señala como causa para ello los abonos o cargos que a la cuenta de De la Espriella se hicieran "después de pagar los premios y aproximaciones correspondientes al sorteo Nº 473 del 15 de junio de 1931 y de los anteriores a aquella fecha que estuvieran pendientes"; y como la deuda por $ 18,000 la contrajo De la Espriella para responderle al Departamento por el "valor total de los billetes vendidos para el sorteo número cuatrocientos setenta y cuatro (474) de veintidós (22) de junio", es claro que ningún cómputo era necesario practicar sobre premios y aproximaciones del sorteo cuatrocientos setenta y tres (473) que afectara la obligación líquida que por $ 18,000 había contraído De la Espriella.

Con razón observa el Tribunal que al tiempo de fallar no encontró en los autos la comprobación sobre si De la Espriella entregó a la Junta los $ 3,000 destinados al pago de los premios y aproximaciones del sorteo cuatrocientos sententa y tres (473). En el término probatorio del recurso ante la Corte se produjo en el particular la prueba que más adelante se inserta, pero que la Sala reputa no procedente puesto que se refiere a una suma de dinero que no se incluyó en el monto de la deuda a que la demanda se refiere. La demanda versa tan sólo, como al principio se expresó, sobre la cantidad de $ 18,000, los intereses y las costas.

La prueba mencionada consiste en el dictamen rendido por los testigos actuarios en la diligencia de inspección practicada con asistencia del magistrado sustanciador el día 17 de octubre de 1936, en los libros de contabilidad de la lotería de Beneficencia de

Cundinamarca, dictamen que dice así en lo pertinente:

"Como testigos actuarios designados por las partes en el juicio de venta que adelanta el Departamento de Cundinamarca contra el señor Carlos de la Espriella, atentamente le manifestamos que de la inspección ocular practicada el día 17 de los corrientes sobre los libros Diario, Mayor, de Cuentas Corrientes y de Inventarios y Balances de la contabilidad llevada por la dependencia departamental denominada Lotería de Cundinamarca, comprobamos y atestiguamos las respuestas que pasamos a dar a cada uno de los hechos que se nos han propuesto:

"a) 'Que en la cuenta corriente del señor De la Espriella se abonaron tres mil pesos ($ 3,000) que él entregó para pagar los premios pendientes de los sorteos de que habla la escritura número mil cuatrocientos veintiuno (1421), pasada el 24 de junio de mil novecientos treinta y uno (1931) ante el Notario 2º de Bogotá'.

"Respuesta:—En la cuenta corriente del señor Carlos de la Espriella quedaron abonados el día 23 de junio de 1931 tres mil pesos ($ 3,000) con cargo a pagar los premios pendientes.

"b) 'Que en esa cuenta se cargó el valor de los premios pagados por su cuenta'.

"Respuesta:—En la cuenta se cargó el valor de los premios pagados y se hizo la especificación de los sorteos a que correspondían tales premios.

"c) 'Que el valor de los premios pagados por la Lotería de Beneficencia y cargados en dicha cuenta corriente excedió de los $ 3,000 dichos, en la cantidad de ciento setenta pesos con treinta y seis centavos ($ 170.36), saldo a cargo de De la Espriella hasta el 29 de agósto de 1932.

"Respuesta:—El valor de los créditos pagados por la Lotería de Beneficencia y cargados en la cuenta corriente del señor De la Espriella se excedió de los $ 3,000 en la cantidad de ciento setenta pesos cincuenta y seis centavos ($ 170.56) y no en ciento setenta pesos con treinta y seis centavos $ 170.36) que expresa el hecho.

"d) 'Que la cancelación en los libros de dicho saldo, coincide con el abono que De la Espriella hizo según el comprobante aducido como prueba primera en el presente escrito'.

"Respuesta:—La cancelación en los libros del saldo que nos hemos permitido aclarar coincide con el abono que hizo De la Espriella y tiene relación con el comprobante aducido como prueba primera en el escrito a que hace relación el peticionario.

"e) 'Que dicha cuenta corriente está balanceada y desde qué fecha'.

"Respuesta:—La cuenta corriente a que se refiere este hecho quedó balanceada desde el día 30 de septiembre de 1932".

Como se ve, aún en la hipótesis de que la liquidación en la cuenta de De la Espriella de los $ 3,000 referentes al sorteo Nº 473 fuera necesaria para juzgar si por causa de ésta la cantidad de $ 18,000 es hoy una suma líquida, la prueba aducida en la segunda instancia demuestra que la cuenta respectiva quedó balanceada desde el 30 de septiembre de 1932; luego dicha cuenta referente a los $ 3,000, ya liquidada desde esa fecha, no constituye obstáculo alguno que influya sobre la condición de exigible, por su claridad y liquidez, de la cantidad de $ 18,000 que se cobra en el presente juicio de venta de la cosa hipotecada.

Debe, pues, con base en estas circunstancias, hacerse en la sentencia las declaraciones consiguientes.

Sin que sea óbice para ello la excepción que el demandado propuso ante el Tribunal en estos términos: "Me opongo a que se decrete la venta en pública subasta en la forma demandada, porque la hipoteca que el Departamento pretende hacer efectiva está ordenada cancelar por el señor Juez 1º Civil del Circuito de Bogotá, mediante mandamiento judicial decretado en el juicio ejecutivo que me adelantaba y me adelanta el Banco Francés-Italiano para la América del Sur". Porque tramitada la demanda por el Tribunal en los términos de la ley, no se presentaron terceros acreedores con acción real, y porque es obvio que una providencia como la que menciona el excepcionante, dictada en un juicio seguido entre terceros con relación al actual demandante, sería res inter alios acta, y en forma alguna podría producir efectos respecto de una persona a cuyo favor aparece constituída una hipoteca sin habérsele oído en juicio. Por esto la excepción ha de declararse no probada.

Como consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, revoca la sentencia de primera instancia, y en su lugar falla:

1º Declárase no probada la excepción propuesta en este juicio.

2º Decrétase la venta en pública subasta de la casa de propiedad del señor Carlos De la Espriella, ubicada en Bogotá, hipotecada por éste en la cláusula sexta de la escritura Nº 4064 bis, Notaría 2ª de Bogotá, el 12 de noviembre de 1929, comprendida dentro de estos linderos: "Por el norte, calle 24 de por

medio, el Parque de la Independencia; por el occidente, con casa que fue de Luis González Mutis y hoy de herederos de Luis Aparicio; por el sur, con casa que es o fue de Néstor Peralta, y por el oriente, con casa de Beatriz Pardo", para que con el producto de la venta se pague al Departamento de Cundinamarca, representado por la Junta General de Beneficencia del mismo Departamento, la cantidad de $ 18,000 moneda corriente colombiana, más los intereses legales de esa suma desde el día treinta de septiembre de 1932, en que se hizo exigible el pago hasta que se efectúe éste.

El remanente, si lo hubiere, se entregará al demandado.

Sin costas.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase el expediente.

Eleuterio Serna R., Aníbal Cardoso Gaitán, Pedro A. Gómez Naranjo, Gustavo Gómez Hernández, Secretario.

SALA CIVIL DE UNICA INSTANCIA

NULIDAD POR NO SER COMPETENTE LA CORTE

(Artículo 40 del C. J.)

Corte Suprema de Justicia.—Sala Civil de Unica Instancia (Sala de Decisión).—Bogotá, mayo ocho de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente, Dr. Eleuterio Serna R.)

Ante la Sala Civil de Unica Instancia promovió el señor Procurador de la Nación, autorizado por resolución del Ejecutivo Nacional, en nombre de la Nación y contra los doctores Juan y Hernando Uribe Cualla, juicio especial de venta y adjudicación de algunos bienes hipotecados por éstos a la demandante. Pidió también el actor que se decretase el embargo de los bienes y que se solicitaran del Juez 2º del Circuito de Bogotá unas diligencias de que éste conoce por juicio especial de venta y adjudicación, establecido contra los mismos demandados por el señor José Gabriel Uribe C.

El señor Magistrado doctor Gómez Naranjo, a quien tocó en repartimiento el asunto, por auto de 4 de febrero último aceptó la demanda, decretó el embargo de los bienes y dispuso solicitar del Juez 2º del Circuito dicho los autos que se habían indicado, para los efectos de la acumulación.

Al serles notificada la demanda, los opositores pidieron reposición del auto, y el Magistrado sustanciador lo repuso por providencia de 19 del mismo mes de febrero, y dispuso, por contrario imperio, la no admisión de la demanda, ordenó el levantamiento del embargo, la cancelación de la orden dada al Juez 2º del Circuito, y la entrega de los documentos al señor Procurador.

De esta providencia pidió reposición el señor Agente del Ministerio Público, e interpuso en subsidio el recurso de súplica para ante el resto de la Sala, petición que fue resuelta el 4 de marzo retropróximo, en la siguiente forma:

"No se accede a la reposición del auto de fecha diez y nueve de febrero pasado, dictado en estas diligencias.

"Se concede el recurso de súplica contra la mencionada providencia, interpuesto por el señor Procurador General de la Nación".

No entra la Sala de Decisión a estudiar si tuvo o nó razón el señor Procurador en sus argumentaciones tendientes a sostener que el auto de 19 de febrero último resolvió puntos nuevos, ni se detiene a examinar cuál es la documentación precisa que preste mérito ejecutivo en relación con una multa de cárcel segura, no obstante ser este punto el sustentáculo principal de la providencia suplicada, porque es indispensable averiguar primero si la Sala Civil de Unica Instancia tiene competencia para conocer de la presente demanda.

Para este propósito no es necesario dilucidar si el título del crédito presta o nó mérito ejecutivo, conforme al artículo 1189 del Código Judicial, porque, aun cuando la documentación en este orden de ideas constituye un recaudo suficiente, no por eso podría adelantarse el juicio por la jurisdicción ordinaria, pues se trata de una deuda fiscal, cuyo cobro judicial está atribuído a a jurisdicción coactiva. Si ello no fuera así, siempre que se tratara de una obligación con-

tractual accesoria, como en las fianzas hipotecarias o personales destinadas a asegurar el manejo de bienes del Estado, habría de recurrirse a la Corte, porque en apariencia la obligación nacía de un contrato.

Pero esto no procedería, porque en el caso propuesto lo que sirve de base al juicio no es principalmente el contrato en que consta la obligación accesoria sino los alcances líquidos y definitivos deducidos por la autoridad competente contra los responsables del erario, en los términos del ordinal 1º del artículo 1059 del Código Judicial, y el juicio no puede ser sino uno adelantado por los empleados de la jurisdicción coactiva, porque no se trata de "controversias provenientes de contratos celebrados o que celebre la Nación", que es lo que da a la Sala Civil de Unica Instancia de la Corte (artículo 40 del C. J.) competencia privativa, sino del cobro directo de la cantidad o cantidades deducidas en alcances líquidos y definitivos, caso en el cual el título ejecutivo son, principalmente, esos alcances, aunque la obligación accesoria esté constituída en un contrato de fianza o de hipoteca.

El Título XLII del Código Judicial, inspirado en legislaciones modernas, tiende a hacer más rápido el pago al acreedor, cuando éste tiene acciones reales qué hacer valer. Para que él proceda, se requiere que el acreedor presente un título ejecutivo, y si este título es uno de los documentos que sirven para una ejecución coactiva, esta jurisdicción es privativa para el asunto. No podría arrebatarse esa jurisdicción aplicando la letra del artículo 1189 citado.

Pero el Magistrado que sustanció el negocio sostiene que la Sala Civil de Unica Instancia es competente, porque no se ha iniciado un juicio ejecutivo, sino el especial de venta de la cosa hipotecada, que está reglamentado en el Título XLII del Código Judicial.

Sobre este punto se expresa así: "Este es un juicio contencioso, que tiene su procedimiento señalado en los artículos 1189 y siguientes del C. J. En él hay una verdadera controversia, pues se corre traslado al demandado, y si éste se opone, se abre a prueba por diez días. De este juicio no pueden conocer los funcionarios investidos de jurisdicción coactiva, porque el artículo 1058 del C. J. limita la competencia de éstos al cobro ejecutivo de las deudas fiscales, de conformidad con lo que disponen el Capítulo IV y los anteriores, Título XXXIII, de la obra citada. El juicio de venta o adjudicación de la prenda o de los bienes hipotecados está reglamentado en el Título XLII del C. J. y no queda—por tanto—comprendido en la disposición del artículo 1058 ya citado.

"El artículo 40 del Código Judicial le da jurisdicción a la Sala Civil de Unica Instancia para conocer privativamente y en una sola instancia, de todas las controversias provenientes de contratos celebrados o que celebre la Nación con cualquiera entidad o persona, aunque la Nación haya transferido, en todo o en parte, sus derechos. Esta disposición comprende todos los contratos, sin que se haga en ella exclusión de ninguna clase, como lo sostienen los doctores Uribe Cualla en relación con los contratos de fianza.

"Conforme a lo anterior, la Sala Civil de Unica Instancia tiene jurisdicción para conocer del juicio iniciado por el señor Procurador, por tratarse de una controversia proveniente de un contrato celebrado por la Nación, representada por la autoridad correspondiente que aceptó la fianza de cárcel segura".

En los párrafos transcritos se dice que cuando una deuda fiscal consta en un contrato hipotecario sí se puede cobrar ante la justicia ordinaria, por la generalidad del artículo 40 que se cita.

No obstante la fuerza que pudiera tener esta argumentación, la Sala de Decisión estima que de conformidad con los artículos 1058 y 1059 del Código Judicial las deudas fiscales, ya consten en alcances líquidos definitivos, en copias de reconocimientos o de resoluciones ejecutoriadas o en actos y documentos de los mencionados en el artículo 982 del mismo Código, son del resorte especial de la jurisdicción coactiva.

El artículo 40 del Código Judicial no tendría aplicación en esas condiciones, en virtud de las disposiciones especiales sobre "Procedimiento por jurisdicción coactiva".

Además de esto, la obligación de un excarcelado para presentarse a la justicia no nace de la diligencia de fianza ni del contrato de hipoteca. Ella está fundada en prescripciones del derecho público, mas ello no impide que pueda ser garantizada por un contrato accesorio, en el cual el caucionante se compromete a entregar al caucionado o a pagar una multa que entrará al Erario. Es ésta una obligación fiscal que tiene más carácter civil que penal o correccional.

Para el cobro de esta multa hay una jurisdicción privativa: la de coacción.

En casos de esta naturaleza, la ley no autoriza dos acciones adjetivas distintas: la ejecutiva y la de venta de la cosa hipotecada ante la justicia ordinaria. La multa en esas circunstancias es un crédito activo del

Tesoro, y su cobro está atribuído expresamente a los empleados investidos de aquella facultad coactiva, constitutiva de un privilegio exorbitante de las personas administrativas, como dicen los prácticos.

Si se pudiera hacer efectivo este crédito activo del Tesoro por la vía del juicio especial de venta de cosa hipotecada en la forma en que el señor Procurador ha promovido la demanda, quedaría establecido que un documento de mérito ejecutivo y contentivo de una deuda fiscal quedaba sometido a dos jurisdicciones completamente distintas: la de coacción, si se ejercitaba la acción personal, y a de la justicia ordinaria, si con la acción real se acudiera a ella. En ambos casos el recaudo en que está basamentada la acción personal se coloca sub judice y puede ser controvertido.

Tal anomalía no concuerda con el orden natural del procedimiento judicial.

Luego es más lógico deducir que cuando se trata de hacer efectivos créditos activos del Tesoro es la jurisdicción coactiva la que debe primar. Ello significa que no tiene, en esas circunstancias, jurisdicción la justicia ordinaria.

Consiguientemente, en el negocio que se cuestiona, la jurisdicción es improrrogable, lo que es causa de nulidad, que no podría ser ratificada por el Ministerio Público. Así debe declararlo la Sala, para poner fin a un procedimiento que carece de base y sobre el cual no podría fundarse decisión sólida.

No hay costas, porque el señor Magistrado sustanciador, al revocar su auto, quiso volver las cosas al estado en que estuvieran si no se hubiera admitido la demanda, rectificando así el procedimiento inicial.

En fuerza de lo discutido, la Sala de Decisión de la Civil de Unica Instancia de la Corte Suprema, anula el juicio desde el auto de cuatro de febrero último, inclusive.

Sin costas.

Cópiese, notifíquese y devuélvase a la Sala de origen.

Aníbal Cardoso Gaitán, Antonio Rocha, Eduardo Zuleta Angel, Eleuterio Serna R. Gustavo Gómez Hernández, Srio.

DEMANDA SOBRE NULIDAD DE UNA HIPOTECA.—EXCEPCION DE MODO INDEBIDO.

El interés de la Nación ha sido factor determinante del establecimiento de la competencia en asuntos de que conoce la Sala Civil de Unica Instancia de la Corte; no así el interés de la entidad o persona contratante con aquélla, que varía en cada caso. La calidad de la parte llamada «Nación» fija, pues, la competencia de la Corte. Y esto aun cuando la demanda sea promovida por persona distinta del contratante particular. Hay petición de modo indebido cuando, quien se pretende dueño del inmueble hipotecado por otro, demanda la declaración de nulidad de la hipoteca sin haber demandado al que hipotecó. La validez de un contrato bilateral, como es el accesorio de hipoteca, no puede ser discutida, ni menos objeto de un fallo, sin la presencia en el juicio de las dos partes interesadas.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Civil de Unica Instancia.—Bogotá, octubre veinticuatro de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

La señora Agustina Pardo de Guerrero se expresa así en demanda presentada a la Corte:

"Soy dueña de la casa situada en esta ciudad, en la calle 20, marcada antes con el número 45 y hoy con el número 4-56, comprendida dentro de los siguientes linderos: Por el norte con la calle veinte; oriente, casa y solares de herederos de Nepomuceno Barragán y solar que es de Anastasio Ruiz; por el sur con solar hoy de Ignacio S. de Santamaría y por el occidente con casa del mismo Ignacio S. de Santamaría.

"Esta casa la adquirí por compra hecha a Edelmira Moreno, según escritura pública número 2339 de 21 de noviembre de 1921. Siendo dicha casa de mi propiedad, fue hipotecada por el señor Heliodoro Guerrero, a favor de la Nación, según consta de la escritura pública número 605 de 20 de abril de 1926, otorgada ante el Notario cuarto de esta ciudad, hipoteca que se hizo para asegurar el manejo de fondos del señor Manuel

A. Guerrero como cajero del lazareto de Contratación, y en cuyo acto no intervine ni menos presté mi consentimiento.

"En virtud de algunas glosas que se hicieron al expresado señor Guerrero, provenientes de faltas de comprobantes, el Juez segundo Nacional de Ejecuciones Fiscales dictó mandamiento ejecutivo contra los señores Manuel A. y Heliodoro Guerrero, y embargó la casa de mi propiedad ya mencionada.

"Fueron propuestas algunas excepciones que se fallaron desfavorablemente, y yo propuse articulación de desembargo que me fue fallada de una manera adversa.

"Siendo esto así, yo Agustina Pardo de Guerrero, mayor de edad, vecina de esta ciudad, casada con el señor Heliodoro Guerrero, y hablando en mi propio nombre, demando a la Nación para que con citación y audiencia del señor Procurador General de la Nación y mediante los trámites de un juicio ordinario de mayor cuantía, se hagan las siguientes declaraciones:

"Primera.—Que es nula la hipoteca de la casa número 45-A, de la antigua numeración, hoy número 4-55 de la calle 20 de esta ciudad, comprendida dentro de los siguientes linderos: Por el norte con calle veinte; por oriente, casa y solares de Nepomuceno Barragán y solar hoy de Anastasio Ruiz; por el sur con solar de Ignacio S. de Santamaría. Hipoteca que se halla constituída en la escritura pública seiscientos cinco (605) de fecha veinte de abril de mil novecientos veintiseis, otorgada ante el Notario 4º de esta ciudad.

"Segunda.—Que, en consecuencia, debe cancelarse la inscripción de tal hipoteca en los libros de la oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados de Bogotá.

"Tercera.—Que debe también cancelarse la inscripción del embargo de dicha casa, embargo decretado por el Juez Segundo Nacional de Ejecuciones Fiscales, y declarar libre dicha casa en el juicio ejecutivo que por jurisdicción coactiva adelanta la Nación contra Heliodoro y Manuel A. Guerrero, juicio en el cual aparece embargada y trabada dicha casa.....

"En derecho me fundo en los artículos 1494, 1502, 1527, 1740, 1741, 1782, 1783, 2439 y concordantes del Código Civil, artículos 2º y 5º de la Ley 28 de 1932, 40, 34 y siguientes del Código Judicial".

Rituado el negocio de conformidad con la ley es llegado el momento de proferir el fallo que dirime la controversia planteada.

La demandante solicita que se declare nula la hipoteca consignada en la escritura número 605, de 20 de abril de 1926, de la Notaría 4ª de Bogotá.

En tal escritura se hallan contenidos dos contratos. Uno celebrado entre el Director General de Lazaretos y Manuel A. Guerrero, nombrado este último cajero del lazareto de Contratación, en virtud del cual convenio se compromete Guerrero al cumplimiento de las obligaciones a su cargo, entre ellas a rendir cuentas y a responder de todas las sumas que recaude o maneje por razón de sus funciones, y de cualquier alcance que se le deduzca, para lo cual obliga su responsabilidad personal y además constituye hipoteca especial y expresa sobre una casa que afirma ser de Heliodoro Guerrero G., situada en la calle 20, número 55-A, de la ciudad de Bogotá. El otro contrato, contenido también en la escritura 605 citada, es el celebrado entre el Director de Lazaretos y Heliodoro Guerrero G., al cual pertenece la declaración que a la cláusula 5ª de la escritura hace Guerrero G. de "que consiente expresamente en el gravamen hipotecario que por esta escritura constituye el señor Manuel A. Guerrero sobre una casa de su propiedad, relacionada con el punto anterior de este instrumento, y al efecto la constituye en hipoteca para responder de todas las obligaciones que dicho señor Manuel A. Guerrero ha contraído como Cajero del lazareto de Contratación". Unas y otras declaraciones, las de Manuel y las de Heliodoro Guerrero las acepta el señor Alejandro Herrera Restrepo, Director General de Lazaretos, y de modo especial la hipoteca constituída y consentida por Heliodoro Guerrero G.

El contrato principal consignado en la escritura 605 fue, pues, celebrado entre Manuel A. Guerrero y el Director General de Lazaretos. El contrato accesorio de hipoteca se celebró entre Heliodoro Guerrero G. y el funcionario prenombrado.

En el presente pleito se pretende que la Corte declare nula la hipoteca, o sea el contrato accesorio que celebraron el Director de Lazaretos y Heliodoro Guerrero.

COMPETENCIA DE LA CORTE

Interesa establecer si la Sala es competente para conocer del negocio.

La competencia del juez para un asunto se fija por la naturaleza de éste, o por la calidad de las partes, o por razón del lugar donde debe ventilarse (artículo 150 del C. J.) Por lo que hace a la naturaleza del asunto y a la calidad de las partes, la competencia se determina en las disposiciones que

detallan las atribuciones de cada autoridad judicial (artículo 151, ibídem). El artículo 40 del C. J. establece que la Sala Civil de Unica Instancia conoce "de todas las controversias provenientes de contratos celebrados o que celebre la Nación con cualquier entidad o persona". Son dos los únicos requisitos que la disposición exige para fijar en la Sala Civil el conocimiento: que haya una controversia, y que la controversia provenga de contratos celebrados o que celebre la Nación.

De los dos requisitos previstos en la disposición que señala las atribuciones de la Corte, el de que haya controversia y el de que ella emane de contratos con la Nación, el primero, por ser general a todos los asuntos litigiosos, no sirve para particularizar los de que trata dicho artículo, por lo cual queda tan sólo en él, como característica para fijar la competencia, el de la calidad de las partes. Es decir, que la calidad de las partes es propiamente el elemento determinante de la competencia en la Sala Civil para conocer de los asuntos que le atribuye el artículo 40 del C. J.

Y según la disposición, una de las partes ha de ser la Nación y la otra "cualquiera entidad o persona" que haya celebrado o celebre contratos con ella. Siendo siempre la Nación una de las partes en las controversias a que se refiere el artículo, resulta claro que el interés de la Nación ha sido factor determinante del establecimiento de la competencia en estos negocios por la Sala Civil de Unica Instancia; no así el interés de la entidad o persona contratante con aquélla, que varía en cada caso. La calidad de la parte llamada Nación fija, pues, la competencia de la Corte. Y esta consideración despeja las dudas que puedan ocurrir acerca de si hay competencia en la Sala Civil de Unica Instancia para conocer de demandas iniciadas por personas distintas de aquellas que contrataron con la Nación. Como el elemento esencial para fijar la competencia en estos casos es el del interés de la Nación, cuando quiera que éste se afecte o pueda afectarse por razón de una demanda en que se controvierta sobre un contrato celebrado con ella, la competencia de la Sala para conocer del asunto es indiscutible, aun cuando la demanda sea promovida por persona distinta del contratante particular.

De otro lado, la escritura 505 de 1926 contiene el contrato principal suscrito entre el Director de Lazaretos y Manuel A. Guerrero, por el cual éste contrae varias obligaciones en su carácter de empleado de manejo, y contiene además el contrato accesorio de fianza celebrado entre el mismo funcionario y Heliodoro Guerrero. Que el contrato de fianza sea accesorio por su naturaleza no significa que no genere obligaciones directas entre el fiador y la Nación. Y son directas las relaciones contractuales entre Manuel A. Guerrero y la Nación como son igualmente directas las de que por virtud del contrato accesorio surgen entre Heliodoro Guerrero y aquella entidad. Por el primero, el empleado público contrae obligaciones propias de los cargos de manejo; por el segundo, el fiador contrae asimismo las que le corresponden en su calidad de tal. Es decir, que en el último convenio el fiador es contratista principal respecto de la Nación, del propio modo que el empleado público lo es en lo tocante a determinados deberes, sin que por ello el segundo convenio deje de ser accesorio del primero. Y la Nación tiene igual interés en el cumplimiento de las obligaciones del empleado de manejo como en la solución de las que pertenecen al fiador.

Estas razones llevan a la conclusión de que es competente la Sala Civil de única instancia de la Corte para conocer de la demanda sobre nulidad del contrato de hipoteca celebrado entre la Nación y Heliodoro Guerrero.

LA DEMANDA EXCLUYO A UNA DE LAS PARTES CONTRATANTES

La validez de un contrato, bilateral como es el accesorio de hipoteca a que la demanda se refiere, no puede ser discutida, ni menos objeto de un fallo, sin la presencia en el juicio de las dos partes interesadas. Y ambas partes lo son, o pueden serlo, en las resultas de un pleito de la naturaleza del que aquí se trata, porque a la Nación le conviene el mantenimiento de la garantía hipotecaria que Heliodoro Guerrero constituyó a su favor, y a Heliodoro Guerrero, dueño o presunto dueño del inmueble hipotecado, le afecta el sentido de una sentencia que declare, así sea simplemente para los efectos del presente juicio, que la casa hipotecada es de propiedad de quien la hipotecó, o al contrario, que pertenece a otra persona.

Siendo, como lo son, partes contratantes en el convenio de hipoteca la Nación y Heliodoro Guerrero G., y pretendiéndose que la justicia declare nulo ese pacto hipotecario, la demanda debió dirigirse contra los dos contratantes, la Nación y Guerrero G., para que con su conocimiento y audiencia se hicieran las declaraciones a que hubiera lugar.

La demanda solamente se dirigió contra la Nación, y en esa virtud el juicio se surtió con prescindencia de la otra parte, el señor Heliodoro Guerrero G. La sentencia que en tales circunstancias se profiriera, podría perjudicar a una parte que no ha sido oída en el juicio, y sería por lo tanto el fallo legal y constitucionalmente ineficaz e inválido en relación con esa persona.

No puede, por consiguiente, adelantarse el juicio, ni han de hacerse las declaraciones solicitadas en la demanda, por haberse iniciado ésta indebidamente. Es, pues, el caso de declarar fundada, en armonía con lo dispuesto en el artículo 343 del C. J., la excepción de **petición de un modo indebido**, que resulta establecida en autos con base en hechos claramente comprobados.

Por lo expuesto, la Sala Civil de única instancia de la Corte Suprema de Justicia, oído el concepto del señor Procurador General de la Nación, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara probada la excepción de petición de un modo indebido, y en consecuencia se abstiene de hacer las declaraciones pedidas en el libelo de demanda.

Sin costas.

Cópiese, notifíquese, publíquese y archívese en oportunidad el expediente.

Pedro A. Gómez Naranjo, Eleuterio Serna R., Aníbal Cardoso Gaitán, Miguel Moreno J., Juan Francisco Mújica. — Gustavo Gómez Hernández, Srio. en pdad.

INDICE

Págs.

EDITORIAL.—Corte Supreme de los Estados Unidos.—Benjamin Harrison. (Notas de M. M. J.) 395

COLABORACION JURIDICA — Sociedades.—Miguel Moreno Jaramillo 401

SALA DE CASACION EN LO CIVIL

IRRESPONSABILIDAD DE LOS BANCOS POR PAGO DE CHEQUES FALSOS EN EL CASO DE NEGLIGENCIA O DESCUIDO DEL TENEDOR DE LIBRETAS DE CHEQUES EN CUANTO A LA CONDUCTA DE SUS EMPLEADOS DE CONFIANZA.—CLAUSULA DE NO RESPONSABILIDAD. — CLAUSULA DE NO RESPONSABILIDAD POR EL PAGO DE CHEQUES FALSOS GIRADOS EN LA CHEQUERA REGISTRADA DEL TENEDOR. — REFERENCIAS DE NUESTRA LEGISLACION SUSTANTIVA SOBRE INEFICACIA DE LA CLAUSULA DE NO RESPONSABILIDAD—DOBLE TENDENCIA DE LA DOCTRINA DE LOS EXPOSITORES DE DERECHO SOBRE ESTE PUNTO.—OPINION DE ALGUNOS EXPOSITORES SOBRE INADMISIBILIDAD EN LA JURISPRUDENCIA FRANCESA DE LAS CLAUSULAS DE NO RESPONSABILIDAD Y SOBRE INVERSION DE LA CARGA DE LA PRUEBA QUE CORRESPONDE AL ACREEDOR.—REFERENCIAS GENERALES DE LEGISLACION COMPARADAS SOBRE CHEQUES EN CASO DE ROBO, PERDIDA O FALSEDAD Y SOBRE PAGO DE CHEQUES FALSOS.—Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Cali en el juicio ordinario de Bechara Salom contra el Banco Alemán Antioqueño.—Magistrado ponente, Dr. Antonio Rocha 405

DEMANDA SOBRE PAGO DE UNA SUMA DE PESOS.—EXCEPCION DE SIMULACION DE CONTRATO. — CONFESION PRESUNTA.—No se infirma la sentencia del Tribunal Superior de Tunja en el juicio ordinario de María Amparo Petronila Forero de Velasco contra Angel María Avila.—Magistrado ponente, Dr. Ricardo Hinestrosa Daza 416

ACCION DE RESCISION DE UN CONTRATO POR ERROR.—No se infirma la sentencia del Tribunal Superior de Pamplona en el ordinario de José Rafael Apolinar contra Ignacio Eslava. — Magistrado ponente, Dr. Antonio Rocha 423

DEMANDA DE NULIDAD ABSOLUTA DE UN CONTRATO POR SIMULACION.—No se infirma la sentencia del Tribunal Superior de Tunja en el ordinario de Martín Vargas contra Clara Buitrago y socios.—Magistrado ponente, Dr. Juan Francisco Mújica.. 427

ACCION DE DOMINIO, DE EXCLUSION DE CIERTOS BIENES DE UN INVENTARIO Y DE RESTITUCION, ENRIQUECIMIENTO INJUSTO.—No se infirma la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario de Ignacio Guillén contra Roberto Tobón.—Magistrado ponente, Dr. Ricardo Hinestrosa Daza 431

DEMANDA DE LIQUIDACION DE UNA SOCIEDAD Y DE NOMBRAMIENTO DE LIQUIDADOR. — INTERPRETACION DE LA DEMANDA. — EMBARGO DE INTERES SOCIAL. — POSICION JURIDICA DEL SUBROGATORIO EN EL INTERES DE UN SOCIO DE UNA SOCIEDAD DISUELTA. — ESTADO LEGAL DE UNA SOCIEDAD EN LIQUIDACION. — DEMANDA DE LIQUIDACION DE UNA SOCIEDAD.—Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Medellín en el ordinario de Alfredo Chavarriaga sobre disolución y liquidación de la sociedad Luis Restrepo M. y Cía.—Magistrado ponente: Dr. Liborio Escallón 433

ACCCIONES DE NULIDAD DE UN TESTAMENTO, DE RESTITUCION DE BIENES, ETC. No se infirma la sentencia del Tribunal Superior de Pasto en el ordinario de José Vicente Santacruz contra la Diócesis de Pasto.—Magistrado ponente, Dr. Ricardo Hinestrosa Daza 444

DEMANDA SOBRE DECLARACION DE INFRACCION DE UN CONTRATO Y SOBRE PAGO DE PERJUICIOS.—No se infirma la sentencia del Tribunal Superior de Pereira en el ordinario de Antonio M. Améquita contra Grace & Cía.—Magistrado ponente, Dr. Liborio Escallón 449

RECURSO DE CASACION CONTRA LA SENTENCIA APROBATORIA DE UNA PARTICION. — No se infirma la sentencia del Tribunal Superior de Neiva en el juicio de partición material del terreno denominado El Abejón. — Magistrado ponente, Dr. Liborio Escallón 569

DEMANDA SOBRE PAGO DE UNA SUMA DE PESOS.—INCONGRUENCIA. — INTERPRETACION DE LOS CONTRATOS. TEORIA DE LA IMPREVISION.—No se infirma la sentencia del Tribunal Superior de Medellín en el ordinario de Tomás Muñoz R. contra Emilio y Antonio Hoyos.—Magistrado ponente, Dr. Liborio Escallón... 455

DESLINDE DE MINAS.—Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Medellín en el juicio de deslinde de unas minas iniciado por Rubén Arcila contra Sergio Aristizábal y Francisco Jaramillo Isaza.—Magistrado ponente, Dr. Juan Francisco Mújica 458

RECURSO DE CASACION.—No se admite el interpuesto por Ricardo Peña Velasco y Alfonso Garcés V. contra la sentencia del Tribunal Superior de Cali, aprobatoria de la partición de los terrenos de «Paso Ancho», que pertenecieron a Manuel Garcés.—Magistrado ponente, Dr. Miguel Moreno Jaramillo 462

OBLIGACIONES EN PLATA ANTIGUA.—INTERPRETACION DE LOS NEGOCIOS JURIDICOS. — FALSA CAUSA POR ERROR SOBRE UN PUNTO DE DERECHO.—Sentencia de instancia en el juicio ordinario de Luciano Herrera contra Delfín Martínez, por una suma de pesos.—Magistrado ponente, Dr. Miguel Moreno Jaramillo 464

ERROR ARITMETICO.—Se niega la solicitud de «rectificación del error aritmético» que no existe en la sentencia dictada por la Cor-

INDICE

Págs.

te en el juicio de Luciano Herrera contra Delfín Martínez.—Magistrado ponente, Dr. Miguel Moreno Jaramillo 470

ACCION DE «IN REM VERSO». — PAGO DE LO NO DEBIDO. ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA.—ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA. — DOCTRINA DEL ARTICULO 2313 DE NUESTRO CODIGO CIVIL.—Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Medellín en el juicio de Cine Colombia contra el Municipio de Medellín.—Magistrado ponente, Dr. Juan Francisco Mújica..... 471

RESTITUCION DE UNA FINCA ARRENDADA.—Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Buga en el juicio ordinario de Luis Felipe Campo contra Jorge Vivas Lasso.—Magistrado ponente, Dr. Juan Francisco Mújica 476

RESCISION POR DOLO Y EN SUBSIDIO POR LESION ENORME.—ERROR.—DOLO—DOCTRINA DE LOS EXPOSITORES SOBRE LAS RELACIONES ENTR EL ERROR Y EL DOLO Y SUS DIFERENCIAS.—DOLO BUENO Y DOLO MALO.—DOLO QUE DA CAUSA AL CONTRATO. DOCTRINA DE RIPER SOBRE LALEALTAD EN LOS CONTRATOS.—Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Cali en el ordinario de Dabah & Compañía y Jorge Ernesto Lemos contra Carlos Zamorano S.—Magistrado ponente, Dr. Ricardo Hinestrosa Daza 481

SE DECLARA DESIERTO EL RECURSO DE CASACION interpuesto por el apoderado de Juan Bautista Marulanda contra la sentencia aprobatoria de la partición dictada por el Tribunal Superior de Buga en el juicio de sucesión intestada de Rafael Hurtado.—Magistrado ponente, Dr. Antonio Rocha 488

RECURSO DE HECHO. Se niega el interpuesto contra la sentencia del Tribunal de Cartagena, por la parte demandada, en el juicio de The Royal Bank of Canada contra Julio C. Rodríguez M.—Magistrado ponente, Dr. Antonio Rocha 495

SE DECLARA DESIERTO EL RECURSO DE CASACION interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga en el ordinario de Bachman, Stunkel, Acevedo y Martínez contra The Bucaramanga Gold and General Minin Company Limited, sobre la posesión de una mina.—Magistrado ponente, Dr. Antonio Rocha 489

DEMANDA DE NULIDAD DE UN CONTRATO.—SIMULACION. — DOCTRINA JURIDICA DE LA SIMULACION.—No se infirma la sentencia del Tribunal Superior de Pamplona en el ordinario de María Elisa Tapias de Alvarado contra Miguel Alvarado Sánchez y socios.—Magistrado ponente, Dr. Antonio Rocha 490

DEMANDA SOBRE PAGO DE UNOS DEPOSITOS BANCARIOS. — CLAUSULAS DE ADHESION—PRINCIPIOS QUE CONSAGRAN LA LIBERTAD CONTRACTUAL. — MEDIOS NUEVOS EN CASACION.—OPORTUNIDAD PARA FUNDAR EL RECURSO DE CASACION.—No se infirma la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario de María Cleofe Ramírez de Aguirre contra el Banco de Bogotá.—Magistrado ponente, Dr. Liborio Escallón 494

ACCION SOBRE PAGO DE UNA SUMA DE DINERO Y SOBRE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS. — DICTAMEN PERICIAL.—Se casa parcialmente la sentencia del Tribunal Superior de Pasto en el juicio ordinario de la Sociedad «Antonio Ricaurte» contra la sucesión de Modesto Torres.—Magistrado ponente, Dr. Antonio Rocha..... 504

DEMANDA DE DIVISION Y OPOSICION DE LOS DEMANDADOS.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Cali en el juicio de partición de un terreno ubicado en Jamundí, iniciado por Francisco Balanta y socios contra Jorge Camacho y socios.—Magistrado ponente, Dr. Ricardo Hinestrosa Daza 513

SERVIDUMBRE DE ABREVADERO.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Cali en el juicio ordinario de Angel María Lenis Alvear contra Gustavo Zamorano.—Magistrado ponente, Dr. Miguel Moreno Jaramillo 518

RESOLUCION DE UN CONTRATO DE COMPRAVENTA. — INTERPRETACION DE LA DEMANDA. — INDEMNIZACION DE PERJUICIOS COMO CONSECUENCIA DE LA RESOLUCION DEL CONTRATO.—RESTITUCION DE FRUTOS.—No se infirma la sentencia del Tribunal Superior de Tunja en el ordinario de Abraham y Juan Rojas contra Fructuoso Garrido V. Magistrado ponente, Dr. Liborio Escallón.. 525

DESISTENCIA DEL PLEITO.—Se decreta el desistimiento de la demanda instaurada por Amelia Posada v. de Salcedo y Marta Herminia Salcedo contra Víctor Manuel González.—Magistrado ponente, Dr. Miguel Moreno Jaramillo 529

RECURSO DE REVISION Y COSA JUZGADA.—Se declara infundado el recurso de revisión propuesto por Israel Tapasco y socios, como miembros del pequeño cabildo de la Parcialidad de Indígenas de Cañamomo y Loma Prieta, contra la sentencia que puso fin al juicio iniciado por los mismos contra Celedonio Gómez H. — Magistrado ponente, Dr. Miguel Moreno Jaramillo 530

ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS. — Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario de Bjarne Hofsech contra la Compañía de Cementos Portland Diamante.—Magistrado ponente, Dr. Ricardo Hinestrosa Daza 533

AUTO PARA MEJOR PROVEER.—Magistrado ponente, Dr. Ricardo Hinestrosa Daza 539

ACCION SOBRE PAGO DE UNA SUMA DE PESOS.—LA HIPOTECA COMO DERECHO REAL.—DERECHOS DEL TITULAR DEL DERECHO ACCESORIO DE HIPOTECA.—ACCION PERSONAL Y ACCION REAL.—PRESCRIPCION.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué en el ordinario de José Miguel Sánchez contra la sucesión del señor Henry Hallam.—

INDICE

Págs.

Magistrado ponente, Dr. Eduardo Zuleta Angel 540

REVISION.—Se declara inadmisible la demanda de revisión intentada por Dámaso e Israel Tapasco y Jerónimo Calvo y socios contra la sentencia que puso fin al juicio ordinario intentado por los mismos contra Obdulio y Alejandro Toro y otros.—Magistrado ponente, Dr. Antonio Rocha..... 543

PAGO DE SERVICIOS DE UN COMISIONISTA.—Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario de Gabriel Moya Tobar contra la sociedad «Urbanización del Barrio Inglés, S. A.»—Magistrado ponente, Dr. Liborio Escallón 544

SALA DE CASACION EN LO CRIMINAL

HOMICIDIO.—ASESINATO. — CONDENACION OFICIOSA POR PERJUICIOS. — PRIVACION DE LOS DERECHOS POLITICOS.—No se infirma la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga en la causa contra Cerbelión Moncada, por el delito de homicidio.—Magistrado ponente, Dr. José Antonio Montalvo 548

DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD.—Se infirma la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué que impuso a José Eliseo Cardona la pena de veinte años de presidio y cinco de reclusión por el delito de robo.—Magistrado ponente, Dr. José Antonio Montalvo 550

NO PUEDE ESTIMARSE QUE EL VEREDICTO DEL JURADO IMPLIQUE MODIFICACION AL CARGO DE HOMICIDIO VOLUNTARIO. — No se infirma la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga en la causa contra Hipólito, Antonio y Luis Guillermo Barajas, y Gustavo Quintero por homicidio.—Magistrado ponente, Dr. Pedro Alejo Rodríguez 552

CLASE DE PRUEBA QUE SE REQUIERE PARA LOS CAMBIOS DE RADICACION. La Corte conceptúa favorablemente a la solicitud del señor José R. Vergara, sobre cambio de radicación de un sumario contra los señores Jorge Enrique y Manuel María Garcés, en curso ante el Juzgado 2o. Superior de Bogotá.—Magistrado ponente, Dr. Pedro Alejo Rodríguez 555

ASESINATO—INJUSTICIA NOTORIA DEL VEREDICTO.—No se infirma la sentencia del Tribunal Superior de San Gil en la causa contra Guillermo Olarte y Luis E. Chaparro, por el delito de homicidio.—Magistrado ponente, Dr. José Antonio Montalvo. 559

SE ORDENA LA DEVOLUCION DE UN PROCESO PARA FALLA DE INSTANCIA.—Se ordena la devolución del proceso contra Sibal Murillo, para que el Tribunal de Santa Rosa de V. dicte fallo de instancia.—Magistrado ponente, Dr. Salvador Iglesias 560

ACTA DE VISITA 561

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

APELACION DE AUTO EJECUTIVO. — Se confirma el auto ejecutivo de la Administración de Hacienda Nacional de Medellín contra los señores Hermógenes y Ricardo Delgado. — Magistrado ponente, Dr. Pedro A. Gómez Naranjo 562

PAGO DE GASTOS DE LAS OFICINAS DE REGISTRO.—Se confirma la sentencia del Tribunal Superior de Tunja en el juicio ordinario del señor Juan Salamanca Vargas contra el Departamento de Boyacá.—Magistrado ponente, Dr. Aníbal Cardoso Gaitán 562

SE NIEGA LA REPOSICION SOLICITADA por el apoderado del Departamento de Cundinamarca del auto de diez de noviembre de mil novecientos treinta y seis, confirmatorio de otro del Tribunal Superior de Bogotá, sobre exhibición de algunos documentos, en el juicio seguido por The Anglo South American Bank Limited contra el Departamento de Cundinamarca.—Magistrado ponente, Dr. Aníbal Cardoso Gaitán.... 564

EXCEPCIONES EN JUICIO EJECUTIVO. Se declara probada la de pago propuesta por Esteban Sierra en el ejecutivo que le adelanta la Agencia de Ejecuciones Fiscales de Correos y Telégrafos.—Magistrado ponente, Dr. Pedro A. Gómez Naranjo..... 565

EXCEPCIONES EN JUICIO EJECUTIVO.—Se declaran no probadas las propuestas por el ejecutado Roberto Echeverri V. en el ejecutivo que le adelanta la Recaudación de Hacienda Nacional de Honda, por impuesto sobre la renta.—Magistrado ponente, Dr. Pedro A. Gómez Naranjo..... 566

PREFERENCIA DEL EMBARGO POR CREDITOS DEL ESTADO.—Se confirma el auto de 13 de julio de 1936, proferido por el Juzgado de Rentas Nacionales en el ejecutivo contra Elvira García Tolosa por impuesto sobre la renta.—Magistrado ponente, Dr. Aníbal Cardoso Gaitán 567

EXCEPCION DILATORIA DE INEPTA DEMANDA.—RENDICION DE CUENTAS.—Se confirma la providencia dictada por el Tribunal Superior de Ibagué en el juicio del Departamento del Tolima contra The Dorada Railway Company Limited. Magistrado ponente, Dr. Aníbal Cardoso Gaitán.... 569

APELACION DE UN AUTO EJECUTIVO. TERMINOS.—TERCERIA.—Se confirma el auto de fecha 9 de agosto de 1936 y se revoca el de fecha 24 de junio del mismo año dictados por el Tribunal Superior de Santa Marta en el ejecutivo de Juan Lázaro Robles contra el Departamento del Magdalena y en la tercería introducida en el mismo por Rafael Martínez Sarmiento, como apoderado de Arcadio Barros.—Magistrado ponente, Dr. Pedro A. Gómez Naranjo..... 571

DEMANDA SOBRE PAGO DE UNAS LIBRANZAS.—Se revoca la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario seguido contra la Nación por el señor Delisario Ruiz por el pago de unas libranzas y se declara prescrita la acción ordinaria. — Magistrado ponente, Dr. Pedro A. Gómez Naranjo 573

PRESCRIPCION DE LA ACCION EJECUTIVA.—Se declara probada la excepción de prescripción ejecutiva en el ejecutivo de la Nación contra Bechara Hermanos.—Magistrado ponente, Dr. Eleuterio Serna R. 577

INDICE

Págs.

PREFERENCIA POR PRIVILEGIO PARA LOS CREDITOS DEL FISCO.—Se dicta sentencia de prelación en el ejecutivo adelantado por la Nación contra Hernán Isaacs y en la respectiva tercería coadyuvante introducida por Luis Orozco López.—Magistrado ponente, Dr. Eleuterio Serna R. 579

VENTA DE LA FINCA HIPOTECADA.—Se revoca la sentencia de primera instancia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá y se ordena la venta en pública subasta de la finca hipotecada en el juicio adelantado por el Departamento de Cundinamarca contra el señor Carlos de la Espriella.—Magistrado ponente, Dr. Aníbal Cardoso Gaitán 580

Págs.

SALA CIVIL DE UNICA INSTANCIA

NULIDAD POR NO SER COMPETENTE LA CORTE.—Se anula el juicio desde el auto de 4 de febrero de 1936 en el especial de venta de la cosa hipotecada adelantado por la Nación contra los doctores Juan y Hernando Uribe Cualla.—Magistrado ponente, Dr. Eleuterio Serna R. 584

DEMANDA SOBRE NULIDAD DE UNA HIPOTECA. — EXCEPCION DE MODO INDEBIDO.—Se declara probada la excepción de petición de un modo indebido y en consecuencia se abstiene la Corte de hacer las declaraciones pedidas en el libelo de demanda que instauró la señora Agustina Pardo de Guerrero contra la Nación para que se declarara nula una hipoteca. — Magistrado ponente, Dr. Aníbal Cardoso Gaitán 586

GACETA JUDICIAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTOR, JULIAN MOTTA SALAS, RELATOR DE LA CORTE

Bogotá, abril de 1937

TOMO XLIV — NUMEROS 1920 y 1921

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

"Summa itaque opt, et alacri studio has leges nostras accipite". (Siete partidas.—Ley XIII). (Proemium Institutionum D. Justiniani).

LA SIMULACION Y ALGUNOS CONCEPTOS ANALOGOS EN EL DERECHO ANGLOSAJON

ESTUDIO DE DERECHO COMPARADO (*)

Por F. Rayard Rives (**)

Motivos ocultos, los cuales sin embargo a veces se dejan entrever, desde tiempo inmemorial hacen andar el derecho, tanto civil como anglosajón, a tientas en las sombras proyectadas por las desviaciones, cuando no sean eclipses totales, de la luz de la más estricta verdad.

Existiendo entre dos individuos una deuda de juego, se formula por ellos un acto jurídico perfectamente legal, cuya causa, empero, es falsa. Entre un prestamista y su prestatario se expresa un acuerdo engañosamente inocuo, en realidad prohibido por las leyes usurarias. Un deudor, en previsión de su bancarrota, cede a un pariente o amigo algunos de sus haberes, pretendiendo liquidar de esta manera una deuda que realmente no existe. Un negocio se vende en debida forma por su dueño a otra persona más hábil para administrarlo, quedando, sin embargo, bien entendidas ciertas reservas tácitas entre las partes. Por más que muchas de estas estratagemas huelan a fraude, es posible que algunas de ellas se justifiquen dentro de las normas de la pura honradez; pero en cualquiera de estos casos hay probabilidad de que los incautos tropiecen en las sombras producidas por tales reflejos de la luz.

De expreso nos limitamos en el presente artículo al examen de dichos reflejos de luz, sin detenernos con los fuegos fatuos. Tanto para el derecho civil como para el anglo-

(*) Adaptación de un artículo en idioma inglés, titulado "Simulation in the Civil Law" y publicado en el Tulane Law Review, Tulane University of Louisiana, Nueva Orleans, EE. UU. de América, Tomo X, Febrero de 1936, págs. 188-208.

(**) Miembro del foro de la ciudad de Nueva York, EE. UU. de América, y del Comité de Derecho Extranjero del Colegio de Abogados de dicha ciudad. Queda agradecido el autor, tanto por el suministro de mucho material ilustrativo de los principios de "equidad" anglosajona a que se refiere el presente artículo como por su amable cooperación general, a los doctores Walter H. Pollack y T. F. Davies Haines, miembro del referido foro. También le cabe al autor expresar su reconocimiento al doctor George A. Wilson, catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad de Tulane, por su colaboración, en virtud de la cual se ha dado al presente artículo su forma definitiva.

Se citan liberalmente las leyes, textos y jurisprudencia argentinas en las siguientes notas, no sólo porque el fallo principal norteamericano considerado en el texto dependía del derecho argentino, sino porque el Código Civil de la Argentina abarca los antiguos principios de la Simulación en forma que es a la vez más detallada y más conforme con la doctrina moderna que lo son los preceptos de alguna otra legislación civil conocida por el autor. La jurisprudencia argentina, basada en los artículos de dicho Código, es por lo tanto prolija e ilustrativa.

sajón, los problemas originados por los pretendidos actos jurídicos donde no existe algún verdadero concurso de voluntades, ofrecen poca complejidad. De tal índole eran los pactos proverbiales entre los yanquis, mediante los cuales se pretendía vender nueces, siendo sin embargo la intención reservada del vendedor no entregar objetos comestibles, sino juguetes de madera de la forma pactada.

La revocación de los actos jurídicos, perfectamente mutuos pero fraudulentos, es además un remedio (1) conocido por ambos sistemas de derecho. Pero supongamos que Pedro y Pablo, con fines de cuya legitimidad no es dado dudar, se pongan de acuerdo en cuanto a la venta ostensible de nueces, cuando en realidad no se piensa realizar una compra-venta, sino un acto de otra naturaleza, o (2) los autores ostensibles del contrato no son aquellos en beneficio de los cuales se realizó el referido acto. En estos casos, sean o no de madera las nueces, son aplicables varios principios de derecho del todo ajenos al fraude y susceptibles de interpretaciones legales completamente distintas.

En cuanto a los actos serios cuyo verdadero alcance se haya disimulado, sujeto a las excepciones expresadas en la segunda parte del presente artículo, puede adelantarse en principio que el "derecho común (common law) anglosajón (a diferencia de la 'equidad'), paralizado por un precepto que niega el valor de la prueba de testigos cuando se destina ésta a contradecir o modificar los términos de un escrito, ha renunciado a la clarividencia (2). Le queda reservada a la "equidad" esta función imaginativa.

El derecho civil, por otra parte, cuyas reglas probatorias no son menos estrictas (3), en defecto de algún auxiliar tan eficaz como lo es "la conciencia del rey" (o sea, la "equidad"); se ha provisto de anteojos suficientemente penetrantes para que vislumbre muchas realidades escondidas. "Plus valet quod agitur quam quod simulate concipitur" (4), dice la máxima que le sirve a este fin.

"La simulación", dice un destacado comentador contemporáneo de la legislación de Justiniano (5), "consiste en fingir el deseo de celebrar un acto jurídico que en realidad no se piensa celebrar. Claro está que la simulación implica la inexistencia del acto simulado, puesto que no existe la intención

---

(1) En el derecho civil se revocan frecuentemente los convenios fraudulentos mediante la acción "Pauliana", cuyo título se debe al Pretor Romano del mismo nombre, a quien se le atribuye la regla: "**Quae fraudationis causa gesta erunt, cum eo qui fraudem non ignoraverit, de his curatori bonorum, vel ei qui de ea re actionem dare oportebit'... actionem dabo**". D. 42, 9. 1.

Refiriéndose a los preceptos del Código Francés (arts. 1166-1167) que consagran la acción revocatoria o Pauliana, un comentador moderno (**Bédarride, Traité du Dol et de la Fraude**, IV (4ª ed. 1887), Nos. 1408-1460, págs. 7-65) enumera los siguientes requisitos: (1) el demandante debe establecer que le es adeudada la contraparte; (2) debe probarse el fraude; (3) tratándose de un convenio oneroso, debe implicarse a todos los interesados en el fraude; (4) el demandante debe establecer los perjuicios pecuniarios que le causa el acto fraudulento. Véase Salvat, **Tratado de Derecho Civil Argentino, Parte General** (5ª ed., Buenos Aires, 1931), Nos. 2422-2506.

Con respecto a la revocación de los actos fraudulentos en el derecho anglosajón (remedio cuyo origen se atribuye a la "equidad"), véase 3 Williston, **Contracts** (1920), págs. 2709, 2712, Nos. 1523 y 1525; **National Bank & Loan Co v. Petrie**, 180 U. S. 123, Sup. Ct. 512, 47 L. Ed. 879 (1903).

(2) Relegando en especial al campo abarcado por los "trusts" toda clase de intereses usufructuarios, derivados del dominio o la posesión, los cuales no se reconocen en el **common law** anglosajón. Véanse, para una interesante discusión filosófica de los resultados producidos por la "equidad" en este sentido, dos artículos, por los profesores Arnold y Scott, respectivamente, cada uno de ellos titulado **The Restatement of the Law of Trusts**, 31 Col. L. Rev. 800 y 1266 (1931). En la pág. 806 dice el profesor Arnold, en forma bastante sugestiva, que "el concepto de los "trusts" sirve... para evitar las consecuencias lógicas de alguna regla del **common law**".

Debe advertirse que en el presente artículo nos abstenemos de trazar analogía general alguna entre reconocidas doctrinas del derecho civil y las del anglosajón, a cuyo efecto véanse, por ejemplo: Lepaulle, **Civil Law Substitutes for Trusts**, 36 Yale L. Jour. 1126 (1927); y Bates, **Common Law Express Trusts in French Law**, 40 Yale L. Jour. 34 (1930). Nos limitamos a poner de manifiesto la manera como, no obstante la oposición entre las respectivas filosofías legales, los sistemas de derecho civil y anglosajón interpretan de modo prácticamente igual un conjunto típico de actos fingidos pero no fraudulentos. Se verá que en determinadas circunstancias la doctrina de la simulación y los principios de los **constructive trusts**, a pesar de la semejanza más general entre estos últimos y la doctrina del derecho civil relativa al enriquecimiento injusto (véase **Lepaulle, Traité Théorique et Practique des Trusts** (1932), páginas 132 y siguientes), se aplican casi sin distinción. Pero, para producir resultados iguales a los del derecho civil, en otras circunstancias tiene la "equidad" que recurrir a la máxima que dice: "La equidad contempla más el propósito que la forma".

(3) Salvo en cuanto afecta a los bienes raíces, por ejemplo, la distinción entre los documentos públicos y privados, consagrada por el derecho civil, y el mayor valor probatorio de los primeros, son sutilezas extrañas al derecho anglosajón.

(4) C. 4. 22. pr.

(5) Van Wetter, Pandectes, I (París, 1909, Nº 77.

de celebrar tal acto... Pero frecuentemente, cuando se simula un acto determinado, se piensa celebrar otro acto distinto, quedando disfrazado éste bajo la forma de aquél. En estos casos, es válido el acto disfrazado, siempre que éste reúna las condiciones necesarias al efecto, porque existe la intención de celebrarlo". Por las palabras citadas se resume la importante doctrina general del derecho civil que, bajo el nombre de simulación, en algunas jurisdicciones se ha codificado en forma expresa (6). En la mayoría de los países donde se aplica la referida doctrina, sin embargo, quedan estos principios al margen de toda codificación.

I

Encubrimiento de propósitos

Recientemente se emprendió por la Cámara Federal de Apelaciones, Circuito Segundo, de los EE. UU. de América, una expedición interesante entre las sombras de la clase que aquí tratamos (7). Por primera vez, que sepa el autor del presente artículo, en esta causa se detuvo un tribunal norteamericano revestido de jurisdicción exclusivamente anglosajona ante el examen detallado de la doctrina de simulación. Era de importancia práctica el citado litigio por el carácter típico y la cuantía financiera de las operaciones en cuestión.

En resumen, se trataba del siguiente conjunto de circunstancias: el señor V, dueño de un negocio de importación y exportación floreciente radicado en la República Argentina, con filiales y agencias en la ciudad de Nueva York y otras plazas extranjeras, falleció abintestato en la ciudad de Buenos Aires, habiendo después centralizado los herederos la administración del referido negocio en la viuda de V., a quien le faltaba en absoluto toda experiencia mercantil. El hermano sobreviviente de V, al fallecer éste, era gerente de la filial de Nueva York, y poseía práctica suficiente en el ramo para calificarle como administrador; pero ni le pertenecía antes del fallecimiento de su hermano, ni heredó, ningún interés propietario en dicho negocio. El hermano, a los efectos que se expresarán, le insinuó a la viuda la conveniencia de cederle a aquél, en debida forma legal, el dominio del negocio. Así lo hizo la viuda, mediante una escritura de venta perfecta por la cual se pretendió traspasar el correspondiente activo (sin mención del pasivo), a base de una liquidación inexistente y pago que en realidad nunca se realizó.

Incontestablemente, no se abrigó ningún propósito fraudulento al llevarse a cabo esta operación. De un documento firmado por el hermano y la viuda con posterioridad a la venta pretendida, el cual fue sometido como prueba pero rechazado por el tribunal (8), como también de prolijas declaraciones de los testigos, resultó que pensaban las partes, a raíz de la referida maniobra, facilitar la venta eventual del negocio a intereses norteamericanos.

Después de efectuarse tal venta, pero dentro de los cuatro meses subsiguientes a la

(6) Ex. gr., Alemania, Suiza, Argentina, Brasil. Tiene interés el hecho de que en el Código Civil Francés una disposición (art. 1321) en forma puramente negativa, al efecto de que los contra-documentos (palabra que se abstiene dicho artículo de definir) no tendrán efecto contra los terceros, es la única base legal del complicado edificio doctrinal de la simulación que desde los tiempos antiguos reconocen los tribunales y tratadistas franceses. Véase 12 Aubry et Rau, Cours de Droit Civil Français, XII (5ª ed., 1922), Nº 756 bis, pág. 184: "Il n'y a pas de contre-lettre là où il n'y a pas simulation". Véase también Baudry-Lacantinerie, Précis de Droit Civil, II, 12ª ed., 1921), Nos. 295-296, pág. 299; Baudry-Lacantinerie et Barde, Traité de Droit Civil, XV, Des Obligations, IV (3ª ed., 1909), Nos. 2385-2418, págs. 11-139; Demolombe, Traité del Contrats, IV (1878), Nos. 303-49, págs. 270-298.

El Código Civil del Estado de Luisiana, en sus artículos 2238 y 2480 (el primero de los cuales reproduce los preceptos principales del artículo 1321 del Código Francés), es algo más detallado, pero no define ni da efecto a la doctrina de la simulación. Los tribunales de dicho estado, por sus fallos, han remediado este vacío hasta cierto grado. Véanse Olivier, Voorhies & Lowrey v. Majors, 133 La. 784, So. 323 (1913); Viguerie v. Hall, 107 La. 767, 31 So. 1019 (1902); Barnes, 155 La. 981, 99 So. 719 (1924); Walton v. Walton, 156 La. 611, 100 So. 786 (1924).

El Código Civil Alemán, sin embargo, por más que, a la par del Francés, no se refiere a la palabra "simulación", contiene, en sus artículos 116, 117, 118, 119 y 140, una serie de definiciones de los actos jurídicos nulos y revocables, los cuales se conforman con la doctrina aceptada de la simulación.

Recientemente se han formulado las principales reglas sustantivas de esta doctrina en los artículos 40-50, Projet de Code des Obligations et des Contrats (1928), habiendo comentado dichos artículos de manera sumamente interesante la Comisión Franco-Italiana encargada de la preparación de dicho proyecto (id., Rapport sur le Projet, págs. LXIX-LXXI).

(7) Strongin v. International Acceptance Bank, 70 F. (2ª Serie) 248 (C. C. A. 2º, 1934), fallo confirmado por la Suprema Corte de EE. UU. de América, 293 U. S. 575, 55 Sup. Ct. 86 (1934).

(8) En consecuencia de una decisión debatida, en cuanto a la admisibilidad bajo la ley del foro de las posiciones de un quebrado tomadas posteriormente a la declaración de su quiebra. In re Weissman, 19 F. (2º, 769 C. C. A. 2ª 1927), citado pro y contra.

iniciación de un juicio de quiebra personal del hermano de V, aquél pagó al banco demandado, en efectivo realizado por dicha venta, una deuda importante del negocio. El demandante, síndico de la quiebra, acudió al tribunal en representación de los acreedores del hermano para reclamar el monto de dicho pago (9), alegando que la pretendida venta era seria; que por lo tanto su precio formaba parte de los haberes del hermano; y que el pago de las deudas del negocio, en cuanto afectaba los acreedores del hermano, no representaba más que un donativo.

Aunque, conforme a bien sentados principios de derecho (10), el efecto de la pretendida escritura de venta dependiera del derecho argentino, el banco demandado en su contestación alegó a la vez los principios anglosajones de la "equidad" y la doctrina de la simulación, a fin de establecer, según cualquiera de los dos sistemas de derecho que aplicase el tribunal, la responsabilidad fiduciaria del hermano para con los herederos de V, tanto por la administración interina del negocio como por el precio de su venta eventual. De esta manera se pensaba hacer resaltar que las sumas pagadas al banco ni les pertenecían a los acreedores del hermano ni representaban donativo alguno.

La Cámara de Apelaciones consideró que por la pretendida cesión no se le confirió al hermano ningún verdadero derecho de propiedad, expresándose en parte como sigue (11):

"Se nos ha demostrado que según las leyes, tanto del Estado de Nueva York como de la Argentina, no se transmitió (al hermano) derecho de propiedad alguno en el negocio. Es cierto que (dicho hermano), en sus declaraciones de testigo, negó que 'actuaba simplemente como representante...', y que insistió en que había comprado el negocio, reiterando que no se limitaba su interés al de un mandatario... pero es ilógico suponer que en realidad se hubiese vendido el negocio (al hermano), y que las cesiones de parte de dos señoras cuyo único consejero era el mismo hermano... fueran cesiones serias de los derechos hereditarios de ellas.

"Las circunstancias... tienden a otra conclusión... Hay que resolver, según los debidos criterios legales, las ideas tácitas o expresas (del hermano) en cuanto a la cesión y los derechos de propiedad adquiridos por él. En consecuencia de las declaraciones (del hermano) no se formuló ninguna cuestión de hecho para determinación del jurado, ni eran admisibles estas declaraciones para alterar la lógica de las incontestables pruebas de que no se pensaba por la cesión concederle (al hermano) el dominio útil del negocio (12).

"Se alega que el traspaso del dominio (al hermano), a fin de facilitar la venta o reorganización del negocio, según la 'equidad' dejaría un interés fiduciario en manos de los vendedores. Pero los intereses de esta clase fueron creador por los tribunales ingleses en dicho ramo de la 'equidad', y por los de EE. UU. de América que aplican el correspondiente sistema de derecho. No se conciben estos intereses en las jurisdicciones donde reina el derecho civil y se ignoran los 'trusts' en el sentido del derecho inglés. Existe, sin embargo, una doctrina del derecho civil titulada simulación relativa... Se invoca ésta por el demandado, en consecuencia de lo cual ocurre una situación análoga en sus efectos prácticos a la producida cuando se reconoce el interés fiduciario de alguien que no posee el dominio útil.

"La prueba pericial que se nos ha sometido y los fallos de los tribunales argentinos indican que la simulación relativa se establece en forma prácticamente igual a la usada por nosotros para establecer los intereses fiduciarios en conformidad con las leyes del Estado de Nueva York... Aplicándose cualquiera de estos dos sistemas de derecho, se llegaría al incontestable resultado de que no se le concedió (al hermano) el pleno dominio del negocio, sino que los derechos concedidos a éste fueron los de un mandatario encargado de la administración de la propiedad".

Simplificando los hechos precedentes a los efectos de un ejemplo más general, supongamos que Pablo, dueño de una propiedad, cuyo valor depende de una hábil administración, resuelve encomendar dicha administración a Pedro, quien acepta el encargo. Dudando de la suficiencia de un poder, por más amplio que sea, para cubrir todas

(9) Ley Federal de Quiebras, 1º de Julio, 1898, c. 541, págs. 67 (c) 70, 30 Sta. at La. 564, U. S. C. título 11, págs. 107, 1101; New York Debtor and Creditor Law (1925), págs. 273-275.

(10) Véase Dicey, Conflict of Laws (5ª ed., 1932), págs. 663-678.

(11) Strongin v. International Acceptance Bank, 70 F. (2ª) 248, 251, 252 (C. C. A. 2º, 1934).

(12) Citando Petrogradsky Bank v. National City Bank, 253, N. Y. 23, 170 N. E. 479 (1930); Swift & Co. v. Hocking Valley Ry., 243 U. S. 281, 289, 37 Suprema Corte, 287, 289, 61 L. Ed. 722 (1916).

las eventualidades, Pablo, con plena confianza en la completa honestidad de Pedro, le reviste a éste de todos los indicios del dominio incondicional, otorgando a su favor una escritura de venta sin reservas, en la cual se expresa el recibo de un precio fingido (13).

Es clásico este caso en el derecho civil (14). La escritura de venta, que constituye simulación relativa (15), puede ser impugnada a pedido de Pablo o de cualquier tercero (16), toda vez que el demandante establezca que le perjudica la simulación (17).

En caso de litigio promovido por Pablo, a los efectos de demostrar la simulación, sólo se admitirá la prueba instrumental (18). Pero a demanda de un tercero perjudicado puede comprobarse la simulación a base de cualquier especie de prueba que reconozca el derecho civil, hasta la de "presunciones" (19), estableciéndose éstas, en la práctica más general, por las declaraciones de testigos (20). Cuando, además, se alega fraude o simulación por parte de los terceros, suele deducirse de tales declaraciones, entre otros motivos oportunos, alguna vinculación confidencial entre los suscritos del acto controvertido (21).

A condición, pues, de que se sometan las debidas pruebas, el tribunal civil hará cumplir la escritura de venta conforme a la verdadera intención de sus autores; en el caso supuesto, por ejemplo, en su carácter de mandato. Pedro quedará obligado a aquella fiel ejecución de su encargo que el derecho civil invariablemente impone a los mandatarios (22).

Se definen con menor facilidad los correspondientes conceptos dentro del derecho anglosajón. En la "equidad", por cierto, más

(13) Coincide esta suposición con un ejemplo formulado casi en las propias palabras por Salvat, Op. cit. supra, nota 1, Nº 2511.

(14) Los principios aplicables de la doctrina de la simulación quedan sumariamente codificados en el Código Civil Argentino como sigue:

Art. 958 (954).—Es nulo el acto practicado con los vicios de... simulación.

Art. 959 (955).—La simulación tiene lugar cuando se encubre el carácter jurídico de un acto bajo la apariencia de otro, o cuando... por él se constituyen o transmiten derechos a personas interpuestas, que no son aquellas para quienes en realidad se constituyen o transmiten.

Art. 960 (956).—La simulación es absoluta cuando se celebra un acto jurídico que nada tiene de real, y relativa cuando se emplea para dar a un acto jurídico una apariencia que oculta su verdadero carácter.

Art. 961 (957).—La simulación no es reprobada por la ley cuando a nadie perjudica ni tiene un fin ilícito.

Art. 962 (958).—Cuando en la simulación relativa se descubriese un acto serio, oculto bajo falsas apariencias, no podrá ser éste anulado desde que no haya en él la violación de una ley, ni perjuicio a tercero.

Art. 964 (960).- Si hubiera sobre la simulación un contra-documento... explicando o restringiendo el acto precedente, los jueces pueden conocer sobre él y sobre la simulación, si el contra-documento no contuviese algo contra la prohibición de las leyes, o contra los derechos de un tercero.

(15) Se adapta ésta a la siguiente definición de una moderna autoridad italiana: "Existen dos negocios: el manifiesto, fingido, y el oculto, serio.... El negocio simulado sirve de capa, de máscara, al negocio realmente celebrado... La apariencia producida en él no puede tener eficacia jurídica alguna... Una vez descubierto el negocio oculto... en su forma genuina y sincera... es el fruto de la voluntad de las partes: lo único que tiene importancia jurídica". Ferrara, La Simulación de los Negocios Jurídicos (traducción al castellano de la 5ª edición italiana, 1926), Nº 32, págs. 224-225.

(16) Planiol, Traité Élémentaire de Droit Civil, II (11ª ed., 1931), Nos. 1201-1202, pág. 482.

(17) Salvat, op. cit. supra, nota 1, Nº 2526; Ferrara, op. cit. supra, nota 15, Nos. 85, 86. En las jurisdicciones anglosajonas es elemental el principio de que "La equidad no ayuda sino al agraviado".

(18) Esto es, "contra-documento". Demolombe, op. cit. supra, nota 6, VII, Nos. 181-183, págs. 176-178; Baudry-Lacantinerie et Barde, op. cit. supra, nota 6, I, Nº 737, pág. 752. Ferrara, op. cit supra, nota 15, Nos. 69-74, sostiene que en cuanto a la prueba de la simulación, es injusta la preferencia que se acuerda a los terceros; pero no pone en duda la aplicabilidad general de la regla a que nos referimos.

(19) Aubry et Rau, op. cit supra, nota 6, XII, Nº 765, pág. 385 del texto y nota 21; Larombière, Théorie et Pratique des Obligations, V, (1857), art. 1348, Nº 21, pág. 155; Laurent, Principes de Droit Civil, XIX (5ª ed., 1893), Nº 603, pág. 623; Planiol, op. cit supra, nota 16, II, Nº 1207, pág. 454. Véase también Projet de Code des Obligations et des Contrats (1928), art. 49.

El derecho civil reconoce desde los tiempos más antiguos el valor probatorio de las presunciones. Véase Partidas 3.14.8: Pruevas e averiguamientos son de muchas naturas para poder provar los omes sus intenciones... E aun hay otra natura de provar a que dizen presumpción: que quier tanto dezir como grand sospecha que val tanto en algunas cosas como averiguamiento de prueva".

(20) Las cuales, en la práctica general anglosajona, se reciben a pie de igualdad completa con la prueba instrumental, salvo en los casos expresamente determinados por las leyes probatorias (Statute of Frauds, etcétera).

(21) Por ejemplo, "Domestica fraus, vel conjunctio sanguinis et affectio contrahentium". Véase Bédarride, op. cit. supra, nota 1a, número 1450; Ferrara, op. cit. supra, nota 15, Nº 77 (1), pág. 400.

(22) Véase Código Civil Argentino, art. 1943 (1909): "El mandatario está obligado a dar cuenta de sus operaciones, y entregar al mandante cuanto haya recibido en virtud del mandato, aunque lo recibido no se debiese al mandante".

o menos de acuerdo con la doctrina de la simulación, se admite la reforma de los documentos (23). Pero se limita tan estrictamente la aplicabilidad de este recurso que no alcanza al caso que suponemos (24). La "equidad", sin embargo, dada la supuesta deslealtad de Pedro, no dejará de someter a éste a responsabilidad fiduciaria por la administración de los bienes que le fueron encomendados, si, a demanda sea de Pablo o de algún tercero perjudicado, se establece el verdadero carácter de la escritura mediante prueba instrumental (25). En defecto de dicha prueba, la suficiencia de las declaraciones de testigos dependerá de varios elementos.

En un artículo sobresaliente, dedicado al estudio de los fideicomisos tácitos (26), el Juez Stone, actual ministro de la Corte Suprema de los Estados Unidos, opina que, en circunstancias de la clase que suponemos, no obstan las leyes probatorias anglosajonas (27) para que la "equidad" intervenga sin detenerse en consideraciones de la referida naturaleza. Distingue este autor entre varias jurisdicciones de la Unión (tales como la de Nueva York), donde, en consecuencia de las citadas leyes, resulta de la falta de pruebas instrumentales que Pedro se exime de toda responsabilidad, y otras donde (a la par de la de Inglaterra) se llega a una conclusión opuesta, calificando el comentador de erróneas y desgraciadas las opiniones de la primera categoría.

El fideicomiso tácito ("resulting trust"), jurídicamente definido, es el que se supone en virtud de la conducta de los interesados (28). Se invocaba este concepto a menudo en el pasado, cuando, a base de pago por Fulano o en defecto de pago alguno, se le había cedido un inmueble a Mengano. Por las leyes de los estados de Nueva York (29) y algunos más (30), se ha puesto fin a los fideicomisos de este carácter, como lo ha hecho la jurisprudencia de otras jurisdicciones (31). Pero sostener que por esta caducidad o las disposiciones de las leyes probatorias (las cuales, sea dicho de paso, en el Estado de Nueva York conservan expresamente los fideicomisos originados "por presunciones legales o en virtud de una ley"), se ha acabado con la intervención de la "equidad" en las cesiones de la clase que aquí examinamos importa, según el autor aludido, la aceptación de algo bien distinto de la equidad verdadera.

Se resuelve este dilema aprovechando la definición usual de los fideicomisos legales ("constructive trusts"), según la cual, tratándose de la adquisición de bienes en circunstancias que hacen inequitativo el goce de su pleno dominio por el adquirente, la "equidad" intervendrá, a demanda del que en buena conciencia tenga el correspondiente derecho, para imponer al detentador la respectiva responsabilidad fiduciaria (32).

Ha sido muy usada esta escapatoria. En el Estado de Nueva York, por ejemplo, un fallo (33) del entonces Presidente de la Cámara de última instancia de dicho estado (actualmente colega del Juez Stone), dice como sigue:

---

(23) Williston, op. cit. supra, nota 1ª, págs. 2709-2712, Nos. 1523-1525.

(24) Para que se conceda este recurso es indispensable que: (a) Haya error recíproco de parte de ambos contratantes; o que (b) Exista de parte de uno de ellos error, inadvertencia o accidente, y de parte del otro fraude o engaño. Véase Wichita Pet. Co. v. Winant, 295 Fed. 67, 71 (C. C. A., 5v, 1923); Avery v. Equitable Life Ass. Soc., 117 N. Y. 451, 23 N. E. 3 (1889).

(25) Véanse la doctrina y la jurisprudencia de las notas 26 y 34, infra.

(26) Stone, Resulting Trustts and the Statute of Frauds, 6 Col. L. Rev. 326 (1906).

(27) Notablemente, el "Statute of Frauds" (29 Car. II, c. 3, del año 1677) habiendo sido legislado éste en casi la totalidad de las legislaciones anglosajonas del mundo. Esta ley, en la forma de su vigencia actual en el Estado de Nueva York, reúne las siguientes disposiciones: "No se creará, otorgará, asignará, cederá o declarará ninguna tendencia o interés inmobiliario, fuera de los alquileres a plazo de menos de un año, ni fideicomiso o fiducia alguna que tenga relación con los bienes raíces, sino en virtud de una ley o mediante escritura firmada, ya sea por la persona que cree, otorgue, asigne, ceda o declare tal interés, o por el mandatario legal de éste, facultado por escrito a tal efecto. Pero no se modifica en virtud de la presente ley el derecho de disponer por testamento de la propiedad inmobiliaria, ni se prohibe la creación o suspensión de los fideicomisos por presunciones legales o en virtud de una ley, o la prueba de fideicomiso alguno mediante escritura firmada por la persona que lo creara". (N. Y. Real Property Law, año 1909, art. 242). Véase también N. C. Personal Property Law (1909), arts. 31, 35.

(28) 1 Perry, The Law of Trusts (7ª ed., 1929), 188, Nº 124.

(29) N. Y. Real Property Law (1909), arts. 91, 93.

(30) Ky. Stat. (1922), art. 2353; Mich. Comp. Laws (1915), arts. 11571-11573; Minn. Gen. Stat. (1923), arts. 8058-8088; Wis. Stat. (1931), arts. 231.07, 231.09.

(31) Véanse las decisiones citadas por Stone, loc. cit. supra, nota 26, pág. 331, nota 14.

(32) Pomeroy, Equity Jurisprudence (4ª ed., 1918), 2404, Nº 1053. Véanse también 1 Perry, op. cit. supra, nota 28, pág. 256, Nº 166; Moore v. Crawford, 130 U. S. 122, 9 Sup. ct. 447, 448, 32 L. Ed. 878 (1889); Beatty v. Guggenheim Exp. Co., 225 N. Y. 380, 386, 122 N. E. 378, 380 (1919).

(33) Cardozo, Presidente; fallo de la Cámara unánime, Foreman v. Foreman, 251 N. Y. 237, 240, 167 N. E. 428, 429 (1929).

"En virtud de reiteradas decisiones de la presente cámara queda adoptada la regla de que las leyes probatorias del Estado de Nueva York no impiden que los jueces conozcan sobre el fideicomiso legal relacionado con los bienes raíces, en los casos donde, en consecuencia de la invalidación de algún compromiso oral, habría abuso de una relación confidencial" (34).

Fuéra de aquellas jurisdicciones donde lo estorban las leyes probatorias, puede deducirse que bastarán las pruebas de testigos para que la "equidad" haga responder a Pedro de acuerdo con los principios del fideicomiso tácito; y que, en las jurisdicciones exceptuadas, la doctrina del fideicomiso legal acepta dichas pruebas al mismo efecto, toda vez que se compruebe la existencia entre los causantes de una "relación confidencial".

Con motivo de la evidente analogía entre esta última fórmula y la adoptada por el derecho civil en semejantes circunstancias (35), hay interés en comparar cómo se define dicha relación confidencial dentro de los correspondientes sistemas jurídicos. Existen de ambos lados un sinnúmero de decisiones (36), las cuales tienden a demostrar que se considerará existente la mencionada relación en cualquiera de los casos siguientes:

a) Cuando existen vínculos matrimoniales o de consanguinidad o amistad íntima entre los contratantes (37);

b) Cuando el acto de que se trata obedece a un motivo de orden evidentemente práctico, habiendo confiado uno de los contratantes en el otro, o habiendo influído éste sobre aquél (38);

c) Cuando el acto es gratuito, o es grotescamente insuficiente el correspondiente pago; cuando consta que le faltaban al adquirente, al celebrarse el acto, los recursos imprescindibles para la satisfacción del respectivo precio; o cuando se trata de la enajenación de la totalidad, o poco menos, de los haberes del cedente (39);

d) Cuando no queda verificada la entrega (ya sea simbólica o real) de los bienes, o

(34) Citando las decisiones y textos siguientes: Sinclair v. Purdy, 235 N. Y. 245, 253, 139 N. E. 255, 259 (1923); Gallagher v. Gallagher, 135 App. Div. 457, 120 N. Y. S. 18 (1909), decisión confirmada 202 N. Y. 572, 96 N. E. 1115 (1911); Leary v. Corwin, 181 N. Y. 222, 229, 73 N. E. 984, 985 (1905) á Goldsmith v. Goldsmith, 145 N. Y. 313, 30 N. E. 1067 (1895); Wood v. Rabe, 96 N. Y. 414 (1884); Scott, Conveyances upon Trusts not Properly Declared. 37 Harv. L. Rev. 669 (1927); Costigan, Constructive Trusts, 28 Harv. L. Rev. 237, 256, 266, 274 (1914-1915); Ames, Lectures on Legal History, 425, 432 (1913).

(35) Texto y nota 21, supra.

(36) Citamos un buen número de decisiones argentinas que nos parecen ilustrativas de la jurisprudencia civil en general, las cuales dejamos escritas en letras bastardillas.

(37) Reyes v. Rubio y Cía., 24 Corte Suprema 473; Tanagno, Spillman y Cía. v. Gindici, 39 Bs. As. Cám. Com. 112; Etchevest v. Aldasnondo, 8 Bs. As. Cám. Civ. 523; Pellerino v. Invernizi, 166 Bs. As. Cám. Civ. 285; Rocha v. Pozzo, 197 Bs. As. Cám. Civ. 55; Costa, Motto y Cía. Cám. Com. 409; Pessango y Cía. v. Varela, 75 Bs. As. Cám. Com. 342; Crosa v. Crosa, 38 Gac. del F. 252; Puente v. Faingleib, 62 Gac. del F. 38; Van Uden v. Van Uden, 82 Gac. del F. 4; Serricchio v. Bagnoli, 11 Jur. Arg. 69; Banco Com. de Azul v. Suc. de Barvié, 21 Jur. Arg. 195; Alonso v. Bombelli, 22 Jur. Arg. 773.

Harrington v. Schiller, 231 N. Y. 278, 132 N. E. 89 (1921); Matter of Michelbacher, 137 Misc. 89, 93, 241 N. Y. S. 178, 185 (1929), decisión confirmada 226 App. Div. 858, 253 N. Y. 515; Matthews v. Forslund, 112 Mich. 591, 70 N. W. 1105 (1897); Craft v. Craft, 74 Fla. 262, 76 So. 772 (1927); Logan v. Brown, 20 Okla. 334, 95 Onc. 441 (1908); Jasinski v. Stankowski, 145 Md. 58, 125 Atl. 684 (1924); Carlson v. Smith, 213 Iowa, 231, 236 N. W. 887 (1931); Hays v. Gloster, 88 Cal. 560, 26 Pac. 367 (1891); Sorrell v. Sorrell, 198 N. C. 460, 152 S. E. 157 (1930).

(38) Flagg v. Walker, 113 U. S. 659, 5 Sup. Ct. 697, 28 L. Ed. 1072 (1883); Greenly v. Shelmidine, 83 App. Div. 559, 82 N. Y. S. 176 (1903); Jasinski v. Stankowski, supra, nota 37; De Mallagh v. de Mallagh, 77 Cal. 126, 19 Pac. 256 (1888); Walters v. Walters, 26 N. M. 22, 188 Pac. 1105 (1920); Sorrell v. Sorrell, supra, nota 37; Landrum v. Landrum, 62 Tex. Civ. App. 43, 130 S. W. 907 (1910); Carlson v. Smith, supra, nota 37; Thierry v. Thierry, 298 Nº 25, 249 S. W. 946 (1923); Matter of Michelbacher, supra, nota 37.

Véase también a Ferrara, op. cit. supra, nota 15. Nº 76, en cuanto a la importancia que adquiere en el derecho civil la determinación de la causa simulandi para conducir a la presunción de que existe un vínculo confidencial entre las partes.

(39) Reyes v. Rubio y Cía.; Etchevest v. Aldasmundo; Pellerino v. Invernizi; Tanagno, Spillman y Cía. v. Gindici; Crosa v. Crosa; Puente v. Faingleib; Van Uden v. Van Uden; Serricchio v. Bagnoli; Banco Com. de Azul v. Suc. de Barvié; Alonso v. Bombelli; Rocha v. Pozzo; Pessagno y Cía. v. Varela (decisiones citadas supra, nota 37); Petrucci v. Grondona, 5 Bs. As. Cám. Civ. 28; Suc. de Alguier v. Aguerriberry, 2 Bs. As. Cám. Com. 352; Garrone v. Gorjan, 53 Gac. del F. 37.

Green v. Raworth, 113 N. Y. 462, 467, 21 N. E. 165, 167 (1889); Bryant v. Klauit, 2 F. (2a) 167, 168 (D. C. N. Y. 1924); Matter of Michelbacher, supra, nota 37; Jackson v. Farmer, 151 N. C. 279, 65 S. E. 1008 (1909).

Por una ley argentina reciente (Ley Nº 11,867, de 17 de agosto de 1934, arts. 6º y 9º) se dispone que, si se efectúa la enajenación de un establecimiento comercial o industrial por un precio inferior al de los créditos constitutivos del pasivo confesado por el vendedor, más el importe de los créditos no confesados, se presumen simuladas juris et de jure las entregas que hubiere hecho el comprador al vendedor en cuanto ellas puedan perjudicar a los acreedores. Se verá que, en consecuencia de estas disposiciones, queda convertida la presunción correspondiente de la de hecho a la de derecho.

Tiene analogía notable dicha ley con las relati-

cuando se conforma la efectiva disposición de los mismos a lo secretamente pactado, en desacuerdo con el acto aparente (40).

Respecto, pues, a toda cesión de bienes que sea incondicional en su forma, pero cuyo propósito es conservarle al cedente el respectivo dominio útil, pueden resumirse los principios del derecho civil y de la "equidad" de manera comparada como sigue:

A base de las debidas pruebas instrumentales demostrativas del verdadero carácter del acto, y siempre que se establezca el correspondiente perjuicio, tanto en las jurisdicciones civiles como en las anglosajonas se le impondrá al adquirente, a demanda del cedente o un tercero, una responsabilidad que será en los dos sistemas sensiblemente igual.

En los casos fundamentados sólo en la prueba de testigos, en el régimen civil queda expuesto el cedente a la deslealtad del cesionario (41); pero tienen derechos los terceros, al efecto de recuperar los perjuicios sufridos por ellos, de valerse de las presunciones. La "equidad", de otra parte, no reconoce tal distinción entre el cedente y los terceros, sino que intervendrá a demanda de cualquiera de ellos desde que se haga presumir la existencia de una relación confidencial entre los contratantes. En las jurisdicciones, además, donde a pesar de las leyes probatorias puede invocarse la doctrina del fideicomiso tácito, la "equidad" hará responder al cesionario, sea confidencial o no la referida relación.

Más sencilla (por invariables que sean en tal caso los ya definidos principios civiles) es la doctrina anglosajona aplicable a las cesiones de bienes que, con fines interesados, se redactan en forma incondicional pero con la reserva tácita de algún derecho de orden inferior al dominio útil. Supongamos, por ejemplo, que conste de una escritura la cesión de ciertos bienes por parte de Pablo a favor de Pedro, con pacto de retroventa. Es, sin embargo, la intención reservada de los otorgantes (siendo préstamo la operación en su carácter sincero) constituír a beneficio de Pedro una garantía prestataria superior a la consagrada por las leyes hipotecarias o de la prenda.

Son bien conocidos este caso (42) y varios más de igual carácter general (43) en el derecho civil, aplicándose a ellos los propios principios que dejamos analizados. Pero aquí el papel que desempeña la "equidad" apenas se distingue del desarrollado por el derecho civil. La "equidad" dará efecto al acto sincero, sin dejarse cegar por las apariencias (44). Es, por ejemplo, tradicional la regla de que la "equidad" hará respetar como hipoteca toda escritura de venta de inmuebles, por incondicional que sea la forma de ésta, toda vez que quede comprobada, siquiera por la prueba de testigos, la verdadera intención de los otorgantes (45) en tal sentido. Semejante regla ha sido

(40) Reyes v. Rubio y Cía.; Etcheverst v. Aldanondo; Pellerini v. Invernizzi; Tanagno, Spillman y Cía. v. Giudici; Costa, Motto y Cía. v. Varanda; Aliverti v. Caviello; Passagno y Cía. v. Varela; Puente v. Fainleib; Van Uden v. Van Uden; Serricchio v. Bagnoli; Banco Com. de Azul v. Suc. de Barvié; Alonso v. Bombelli (decisiones citadas supra, nota 37); Watts v. Younger, 24 Corte Suprema 462; Freire v. Muñoz, Pur. de los Tr. Nac., julio 1912, 150.

Foreman v. Foreman, 251 N. Y. 237, 241, 167 N. E. 428, 429 (1929).

(41) Téngase presente que el derecho civil llega a este resultado en conformidad absoluta con las reglas exactas, y por lo tanto algo inflexibles, que determinan la validez de las pruebas. Es muy distinto el correspondiente proceder de la "equidad", teniendo ésta como base de su origen y desarrollo una decidida disconformidad jurídica con la reglamentación escrupulosa del common law (véase supra, nota 2). Creemos que se puede imputar a esto la variación entre las respectivas doctrinas que anotamos. Véase también a Salvat, pp. cit. supra, nota 38, quien en el Nº 2563 motiva la regla del derecho civil de la manera siguiente: "Es lógico pensar que... si tal acto era en realidad simulado, la parte interesada se habría hecho otorgar el respectivo contra-documento, estableciendo su verdadero carácter y alcance: si no lo ha hecho... a nadie sino a sí mismo debe imputar los perjuicios que esto le traiga".

vas a ventas en globo que se han adoptado en la gran mayoría de los estados de la Unión (véase N. Y. Personal Property Law el año 1909, en la forma en que fue modificada ésta en 1934, art. 44). Merece admiración la adaptabilidad de la doctrina de simulación a la defensa de los acreedores perjudicados por las ventas en globo, en contraste con la necesidad, en el derecho anglosajón, de formular algún remedio que valga.

(42) Lo examina Salvat, op. cit. supra, nota 1ª, Nº 2524, citando el Código Civil Argentino y una decisión ilustrativa (189 Bs. As. Cám. Civ. 401). Véase a Ferrara, op. cit. supra, nota 15, Nº 33.

(43) En cuanto a las pretendidas compraventas pagaderas por cuotas (installment sales), cuyo propósito es conservar a nombre del vendedor el título de las mercancías vendidas hasta la extinción completa de la correspondiente deuda, y la aplicabilidad a las mismas de la doctrina de la simulación en los varios países latino americanos, véanse los artículos titulados Chattel Liens and Conditional Sales, 1926 Year Book, The Association of the City of New York, 383; 1929 id. 348; 1931 id. 282.

(44) De acuerdo con la máxima que dice "La equidad contempla más el propósito que la forma".

(45) Horn v. Keteltas, 46 N. Y. 605 (1871); 2 Pomeroy, op. cit. supra, nota 32, pág. 709, Nº 382, texto y nota (a). Véase a Stone, loc. cit. supra, nota 26, págs. 339-341.

aplicada a los muebles ostensiblemente vendidos pero en realidad empeñados (46).

Hay por fin interés en examinar la aplicabilidad de lo dicho a los subadquirentes de bienes enajenados en virtud de un acto simulado. A tal efecto, supongamos que Pedro, en cualquiera de los casos que hemos analizado, haya cedido a su vez a Carlos los bienes de referencia (47).

Habiendo Pablo conferido a Pedro un derecho cuyo verdadero alcance convencional, sean las apariencias cuales fueran, es inferior al pleno dominio, resulta lógicamente imposible para toda jurisdicción donde se adopta el principio de que el negocio simulado no tiene eficacia jurídica y que sólo el negocio oculto reviste tal eficacia (48) definir lo adquirido por Pedro sino conforme a la intención reservada de los contratantes. Siendo esto así cómo conceptuar que Carlos se hace dueño en virtud de la transmisión a éste de los derechos de Pedro? (49).

La gran preponderancia de la doctrina civil niega, sin embargo, esta lógica y rechaza toda disminución de los derechos del subadquirente de buena fe (50) inclinado en este caso el genio latino tan estrictamente razonado hacia la equidad abstracta anglosajona (51). Al quejarse de engaño, pues, sea un autor de la simulación o algún tercero perjudicado, el derecho civil y la "equidad" manifestarán igual miopía ante aquellas refracciones de la luz que de buena fe hayan descaminado a los subadquirentes (52).

(46) Brick v. Brick, 98 U. S. 514, 25 L. Ed. 256 (1878).

(47) Para el derecho civil, puede existir duda al respecto sólo en relación con los bienes raíces. En virtud de la regla que se expresa en forma bastante defectuosa por la frase "La possession vaut titre" del art. 2279 del código civil francés, quedan perfectamente a salvo los derechos del comprador de muebles. A los efectos de un excelente estudio comparado de los aplicables principios del derecho civil y anglosajón véase Mitchell Franklin, Security of Acquisition and of Transaction: La Possesion Vaut Titre and Bona Fide Purchase. 6 Tulane Law Rev. 589 (1932).

(48) Véase supra, nota 15.

(49) Laurent reconoce esta dificultad, negando en consecuencia de ella que Carlos se hace dueño; véase op. cit. supra, nota 19, XVI, Nº 499, pág. 576.

(50) Baudry-Lacantinerie et Barde, op. cit. supra, nota 6, Nº 740, pág. 755; Planiol, op. cit. supra, nota 16, Nos. 1197, 1199, págs. 450-451.

(51) En este último sistema de derecho es axiomático que el comprador de buena fe está exento de toda reclamación basada en actos ocultos. Véase 2 Pomeroy, op. cit. supra, nota 32, Nos. 785, 785, páginas 1509-1606.

(52) "Llevada a cabo una enajenación simulada, si el comprador aparente vende a su vez a un tercero, éste, que adquirió de buena fe, desde el momento en que se pruebe la simulación del negocio primitivo... Ahora bien, este resultado provoca tales asperezas o iniquidades; hiere tan profundamente el comercio jurídico; da lugar a tánta incertidumbre y desconfianza en las relaciones sociales, que resulta una necesidad inaplazable para la legislación la de poner el oportuno remedio limitando la eficacia negativa del negocio aparente". Ferrara, op. cit. supra, nota 15, Nº 61, págs. 313-314, citando a Mommsen, Kohler y otros comentarios alemanes. Véase también a Salvat, p. cit. supra, nota 18, números 2574-2578, quien se refiere a varias decisiones argentinas.

II

Interposición de personas

Supongamos ahora que Fulano, a nombre propio pero en efectiva representación de Pablo, se compromete con Mengano (quien está enterado de dicha representación), mediante pago del correspondiente precio por éste, a entregar a Pedro ciertos bienes; que tiene conocimiento Fulano, a su vez, de haber Pedro aprobado tácitamente la operación, sin haberla por eso formalmente ratificado (53); que Pablo deja de cumplir lo pactado por Fulano; y que Mengano no quiere, o no puede, entablar el juicio del caso. ¿Cuál es la situación jurídica de Pedro, frente a Pablo? (54).

Este ejemplo se ajusta tan cabalmente como los antes analizados a los principios de simulación relativa que dejamos expuestos. Siendo Pedro un tercero perjudicado (55), puede éste demostrar la simulación por cualquier especie de pruebas, sin exclusión de las presunciones; y a base de tales pruebas podrá someter a Pablo a responsabilidad incondicional. Advertimos a este respecto que tal recurso implica necesariamente la negación de los respectivos derechos y obligaciones de Fulano y Mengano, reduciéndose, en consecuencia de la lógica correspondiente, el

(53) Continuamos a plantear como base de nuestras suposiciones el perfecto concurso de las voluntades que examinamos. Toda otra suposición nos impondría la exploración de zonas crepusculares (serían las donde escasea la luz del entendimiento mutuo) que creemos ajenas al campo abarcado por el presente estudio. Pero resulta de esto que, conforme a la doctrina anglosajona moderna relativa a la representación, Pablo se considera como representante descubierto, en vez de oculto. Véase Restatement, Agency (1935), Nº 4.

(54) Aparecerán de manera incidental los respectivos derechos y obligaciones de Fulano y Mengano, dentro de los sistemas civil y anglosajón, en el curso del análisis que sigue.

(55) Véase supra, nota 19 y el texto de su referencia.

papel desempeñado por ellos al de prestanombre (56). De principalmente interesados que son los dos en el derecho civil hasta establecerse la simulación, Fulano y Mengano, una vez comprobada ésta, pierden toda personalidad jurídica.

Al estudiar el desarrollo de la doctrina anglosajona relativa, de un lado, a la responsabilidad jurídica de los representados de un testaferro y, del otro lado, a los derechos del tercero a cuyo beneficio se celebra un acto, queda demostrada por diversos comentadores norteamericanos (57) la imposibilidad en que se encontraba el "derecho común" (common law) primitivo para ponerse a la altura de las circunstancias que suponemos. Por las máximas del mencionado derecho (58), citadas por el profesor Corbin a principios del artículo que señalamos, se hace evidente la evolución, quizás en consecuencia del empuje de la "equidad" hermana (59), de la referida doctrina hasta llegar a su equivalencia aproximada actual, en cuanto a los resultados alcanzados en ambos sistemas, con el derecho civil. No existe ahora, por supuesto, principio jurídico anglosajón más generalmente reconocido que la responsabilidad del representado, conste o no el nombre de éste en el respectivo instrumento, en consecuencia de lo pactado por su representante, cuando es conocida la representación por el otro contratante (60). Ni, desde la adopción por la mayoría de las facultades de derecho anglosajón del fallo titulado Lazrence v. Fox (61), es dudoso el predominio en Estados Unidos de la regla según la cual el common law reconocerá, en las debidas circunstancias, los derechos de un tercero a cuyo beneficio exista algún acuerdo de voluntades ajenas. No obsta, por otra parte, la semejanza general de estas reglas con las análogas del derecho civil para que su respectiva aplicación presente fases de detalle muy distintas en los dos sistemas jurídicos.

Para el letrado en derecho civil, por ejemplo, a quien le hacen falta la enseñanza y el raciocinio un tanto especiales que explican la veneración anglosajona de los instrumentos solemnizados con sello, es a la vez insensata e incomprensible la doctrina (62) que, al tratarse de actos representativos que sean otorgados bajo sello, le quita personalidad jurídica al representado de cuyo nombre no se deja constancia en el acto correspondiente (63). A este respecto, sin embargo, es ilustrativa de una tendencia hacia uniformidad con el derecho civil una decisión reciente de la "equidad" inglesa (64) por la cual se ejemplifica también la persuación que ejerce este ramo más liberal del derecho anglosajón sobre el conservatismo del common law.

En la causa citada se había comprometido bajo sello el demandado A con el otro demandado V a comprarle a éste una cierta cantidad de periódicos. En el acto correspondiente no se mencionaba a los demandantes, quienes de otra parte estaban obligados, con conocimiento de V, a suministrarle a A los capitales con que se pensaba llevar el asunto a cabo. Habiendo A asegurado a V que los demandantes no aceptaban dicha obligación, influyó aquél sobre éste, en el sentido de dejar sin cumplimiento el contrato, negándose luégo A a iniciar cualquier recurso judicial al respecto.

La Corte de Apelaciones, al desestimar la sentencia de primera instancia, dio razón a los demandantes, considerando que éstos, en su carácter de beneficiados cuyo representante (trustee) rechazaba los deberes de su

(56) En cuanto a los testaferros y los problemas a que da lugar la interpretación de ellos, véase el prolijo estudio de Ferrara, op. cit. supra, nota 15, Nº 51, págs. 295-300. Por no caber dentro del derecho civil ningún conjunto homogéneo de conceptos relacionados con la representación en general, se hace difícil alguna comparación con la doctrina anglosajona que se conoce por el nombre de Agency; pero a tal efecto véanse: Lévy-Ullmann, La Contribution Essentielle du Droit Anglais á la Théorie Générale de la Representation dans les Actes Juridiques, Mémoires de l'Académie International de Droit Comparé I (Berlín, 1928), 341; Popesco-Ramniceano, De la Représentation dans les Actes Juridiques en Droit Comparé (París, 1927), 497-623; Sarfatti, Le Obligazioni nel Diritto Inglese in Rapporto al Diritto Italiano (Milano, 1924), 111-122, 220-223; Delangle de la Ville Gaudin, La Représentation en Droit Anglais-"Agency" (París, 1923); Hamed el Haitami, La Stipulation pour Autrui en Droit Anglais (Lyons, 1925).

(57) Huffcut, The Law of Agency (2ª ed. 1901), Nos. 117-123; Rev. 116 (1909); Ames, Lectures on Legal History (1913), 453-463; Lewis, The Liability of the Undisclosed Principal in Contract, 9 Col. L. Corbin, Contracts for the Benefit of Third Persons, 46, L. Quar. Rev. (1930), 12.

(58) Entre ellas, la que dice "Sea o no directamente interesado algún tercero, él no tiene derecho de hacer cumplir un contrato celebrado por otros".

(59) Resulta de esta evolución que el common law, a pesar de la afirmación general contraria de principios del presente estudio, en las circunstancias concretas que analizaremos aquí se entrega a la práctica restringida de la clarividencia.

(60) Véase Restatement, Agency, Nº 159.

(61) 20 N. Y. 268 (1859).

(62) Restatement, Agency, Nos. 151, 296.

(63) Véase Crane, The Magic of the Private Seal, 15 Col. L. Rev. 24, 35 (1915).

(64) Hamer v. Armstrong, L. R. (1934), 2 Ch. 1, citada con aprobación en la nota correspondiente al texto de 34 Col. L. Rev. 952 (1934).

cargo, tenían el derecho, mediante demanda contra ambos contratantes, de hacer cumplir el convenio, por más que fuera éste celebrado bajo sello. Adhiriéndose al voto principal del Master of the Rolls, el ministro de la Corte, Lord Lawrence, se expresó en parte como sigue (65):

"Con razón alegan los demandantes que el contrato fue celebrado por el demandado (A) a beneficio de ellos... A pesar de la regla notoria, reconocida por los mismos demandantes, de que en el common law no pueden apersonarse en virtud de un instrumento sellado sino las partes que otorgaron el mismo... soy de opinión de que no cabe distinción alguna entre los convenios sellados y los que no lo sean, en cuanto afecta la doctrina de la equidad (que consagra la personalidad del beneficiado cuyo representante (trustee) se niega a hacer cumplir lo pactado a favor de aquél)... Quedan perfectamente aceptadas dos reglas, en cuanto a las cuales no existe en la actualidad la menor duda. Son éstas las siguientes: que el common law no reconoce jus quaesitum tertio convencional alguno; y que se puede crear tal derecho, mediante fideicomiso (trust) que lo confiera al trustee. En todo caso en que se compromete quien al celebrar el respectivo acto es trustee de un tercero o luégo lo pasa a ser, (el beneficiado) adquiere el derecho real de hacer cumplir el compromiso, sea éste solemnizado con sello o no, y conforme a bien sentados principios podrá hacer prevalecer el referido derecho en la equidad, siempre que demande contra el trustee" (66).

Se advertirá el carácter unilateral de la jurisprudencia citada, en consecuencia de la cual la "equidad" reconoce, a favor del que bajo sello se hace simuladamente representar, un derecho que niega el common law (67), sin que por eso se le imponga al representado obligación recíproca alguna. De la misma nomenclatura que en la "equidad" le corresponde a tal representado (cestui que trust, o sea, aquel que confía en otro) resalta la exención de toda responsabilidad que se le acuerda a éste.

En el caso, pues, de haberse otorgado bajo sello el compromiso que examinamos a principios de este capítulo, en aquellas jurisdicciones anglosajonas donde el sello conserva su primitivo prestigio se limitarán los derechos de Pedro (los cuales, desde luego, son los propios de su trustee, Mengano) a los ilusorios que le competan a éste ante Fulano.

Se revela la absurdidad lógica de esta conclusión al tomarse en cuenta la improbabilidad evidente de que Fulano tenga capacidad personal para cumplir el referido compromiso, de cuya ejecución éste no ha abrigado la intención de hacerse responsable (68). Pero, aparte de las indagaciones de tal clase, es indiscutible que, si el juez tiene conocimiento de todas las circunstancias del caso, sólo renunciando a la luz de la estricta verdad podrá éste hacer responder a Fulano. En el derecho civil, por cierto, es posible que Mengano haga efectiva la mencionada responsabilidad ostensible (siendo, sin embargo, vedado este recurso a Pedro, cuya personalidad depende de la prueba íntegra de la simulación (69), pero ya desaparecerá dicha posibilidad desde que se manifieste la verdad al juez. Le caben, por supuesto, tanto a Fulano como a Mengano las correspondientes pruebas (70).

Si modificamos las suposiciones de principios del presente capítulo en el sentido de substituír a Fulano y Mengano por dos sociedades, que denominaremos A y B respectivamente, y de poner en vez de Pablo y Pedro las compañías X e Y, suponiendo además que la compañía A es filial de X, siéndolo la compañía B de Y, claro está que no influiremos de manera alguna sobre las conclusiones jurídicas, sea del derecho civil o del anglosajón, que hemos expuesto (71). Pero nos permitimos agregar a este último conjunto de circunstancias las siguientes: Que la Cía. X, en la espera de un beneficio importante y legítimo y pensando de buena fe proporcionarle a su filial A la ayuda financiera del caso, hace comprometerse ésta, a nombre propio y en forma legal, con la Cía. B a los efectos de una empresa cuyo

(65) Hamer v. Armstrong, L. R. (1934), 1 Ch. 1, 6, 7.

(66) Al mismo efecto, véase Restatement, Agency, Nº 296, Comentario (b).

(67) A menos de que, como lo insinúa la nota referida, supra, nota 64, se pueda mantener un juicio que no tenga relación con el instrumento. En cuanto a esta posibilidad, véase Briggs v. Partridge 64 N. Y. 357, 364 (1876).

(68) —De existir alguna intención de tal índole, parecería ésta suficientemente extraordinaria para merecer la inclusión de una cláusula correspondiente en el respectivo contrato. Véase la nota citada supra, nota 64.

(69) Véase Salvat, op. cit. supra, nota 1ª, Nº 2569.

(70) Sujeto, por supuesto, a la regla antes referida (texto y nota 18) de que, al promoverse algún juicio entre Fulano y Mengano, se admitirá tan sólo la prueba por contra-documento.

(71) Véase Liability of Subsidiary Corporation for Debts Incurred by Parent, 43 Yale L. Journal 472, 477 (1934).

presupuesto implica la disponibilidad en manos de la Cía. A de recursos muy superiores a los que efectivamente posee; que la Cía. B por debida causa luégo le cede a Y, su casa matriz, una parte de los derechos adquiridos en dicha forma; que eventualmente no le conviene más a la Cía. X adelantar a su filial el pago de los trabajos realizados por la Cía. B; que en consecuencia de ello se declara la quiebra de B, quedando adeudada ésta a Y; y que tanto la referida filial como su casa matriz han caído en este trance doloroso por haberse fiado las dos, sin mediar fraude alguno, en las aludidas intenciones serias de la Cía. X, declaradas por los debidamente autorizados representantes de dicha compañía y de su filial.

Parecería que los rayos emitidos por la doctrina de la simulación tienen eficacia para penetrar las tinieblas de la entidad social hasta llegar al extremo de dar efecto, aún en estas circunstancias, a la verdadera intención de las partes, haciendo responder, en otras palabras, la casa matriz de lo pactado por su filial. Encontramos desgraciadamente poca jurisprudencia relativa a tal conclusión (72), pero no dudamos de que el derecho civil reconozca los correspondientes derechos de la compañía Y (73).

Existe, de otra parte, una doctrina anglosajona prolija que consagra los referidos derechos (74). "A menudo se ha dicho", declara uno de los autores a quienes citamos (75), "que los jueces no miran nunca más allá de la entidad social, hágase o no justicia en consecuencia de ello. Es perfectamente cierto que la equidad, siendo menos atenta a las formalidades y apariencias que el common law, está más dispuesta a despejar las ilusiones para acertar con los intereses serios... Pero, como se verá, no es invariable la regla del common law". Al resumir los principios que, en circunstancias de la clase que suponemos, considera justificativos del menoscabo de la entidad social, es de opinión otro de dichos autores que tanto el common law como la "equidad" intervendrán a pedido de un tercero perjudicado siempre que se demuestre que, respecto al acto de que se queja el demandante, la casa matriz haya influido sobre su filial de tal manera que ésta sea en realidad nada más que instrumento de aquélla (76).

Tienen semejanza patente estos últimos conceptos con los análogos de la doctrina de simulación (77). Creemos, pues que se justifica la conclusión de que, por notables que sean las respectivas variaciones de detalle que acabamos de repasar, el derecho anglosalón y el civil están dotados de facultades parecidas al efecto de iluminar las sombras en que tan frecuentemente se esconden las maniobras complejas de las sociedades mercantiles.

(72) Pero véase Houpin et Bosvieux, Traité Général des Sociétés, I. (1935), pág. 103, nota 1ª; Cégout, Filiales et Groupements de Sociétés (1929), Nº 63, pág. 103, Nº 87, págs. 140-141.

(73) A tal efecto véase Soc. Anonyme de Stünzi v. Enrigistrement, S. 1917.1.142, 144. En este caso se resolvió que era responsable una casa matriz de nacionalidad suiza del pago al estado francés de ciertas contribuciones que se procuraba evadir mediante la formación, a los efectos de los negocios franceses, de una filial domiciliada en Francia, la cual quedaba fuéra del régimen francés impositivo de aquel entonces, considerándose que la filial no era más que una "personalidad interpuesta". Véase también Lamborn et Cie. v. Varounis, S. 1926.1.305, y el prolijo comentario que aparece en la nota de Me. Henri Rousseau. Aquí se decidió que eran pagaderas por una filial ciertas deudas de la casa matriz, quedando comprobado que dicha casa, de nacionalidad extranjera, había notificado a su clientela francesa de la formación de la filial "a los efectos de atender los negocios franceses" anteriormente realizados por aquélla. En los considerandos de la decisión no se habló de la simulación (la cual, en realidad, no cabía, por haberse celebrado el contrato sub judice con fecha anterior a la formación de la filial); pero la lógica del tribunal tiene analogía evidente con la simulación. Véanse además Soc. des Hôtels de Provence v. Mallet, S. 1929. 1. 288, 292, y la nota correspondiente de Me. Henri Rousseau, como Fédération Nationale des Journaux Français v. Coty, 1930. 2. 116 y las notas correspondientes; Trésor-Capitalisation v. Verger, Recueil Juridique des Sociétés XIII (1928) y la nota de la página 14.

(74) Por ejemplo, 1 Fletcher, Cyclopedia of Private Corporations (1931) 58, Nº 43; Wormser, Disregard of Corporate Fiction (1929), capítulos 1 y 2; Powell, Parent and Subsidiary Corporations (1931); Douglas and Shangs, Insulation from Liability Through Subsidiary Corporations, 39 Yale L. Jour. 193, págs. 210 y ss. (1929), y las decisiones allí citadas, passim.

(75) Wormser, op. cit. supra, nota 74, pág. 44.

(76) Powell, op. cit. supra, nota 74, págs. 4-5, capítulos 2 y 4. Véase también Douglas & Shanks, loc. cit. supra, nota 74, pág. 216.

(77) Véase el Código Civil Argentino, Arts 989 (955) y 992 (958).

(De la Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires).

COLABORACION JURIDICA

SOCIEDADES

Miguel Moreno Jaramillo

TOMO IV

(continuación)

445.—De la revista "Minería", de Medellín, número 13, tomamos estas apreciaciones hechas por los doctores Alvaro Caicedo Martínez, Eustorgio Sarria y Jesús María Casas, sobre compañías que elaboran minas:

"La sociedad ordinaria de minas propiamente no se puede calificar de sociedad o compañía, en el sentido que estos términos tienen en el código civil o en el de comercio. Allí el principio que domina en esta materia es el de que la sociedad es una persona distinta de los socios individualmente considerados, lo que no sucede en la sociedad ordinaria de minas que no se distingue de los socios individualmente considerados".

"En la sociedad civil o mercantil el socio no tiene derecho en el haber social como lo confirma el hecho de que de los bienes aportados a la sociedad no pueden disponer los socios; en cambio, el derecho del minero en la sociedad ordinaria de minas es un derecho de propiedad sobre la mina o sobre los establecimientos y demás objetos que constituyen la empresa de explotación, razón por la cual las acciones mineras son aquí bienes inmuebles, a diferencia de lo que acontece en las compañías anónimas, en las cuales aunque los bienes sociales sean inmuebles las acciones son muebles".

"La sociedad ordinaria de minas es en realidad una verdadera comunidad organizada por la ley, que nace del concurso de la voluntad de las partes y no de un acto independiente de ella, como en la comunidad civil....".

Los tres autores mencionados señalan a la sociedad ordinaria de minas las cinco características que en seguida reproducimos resumiéndolas:

Primera.—Nunca un socio puede tener, en las deliberaciones de la sociedad, la mitad o más de la mitad de los votos de quienes asisten a ellas.

Segunda.—Las sociedades ordinarias no tienen un capital determinado. Los socios deben suministrar las cuotas que requiera la elaboración de las minas, a medida que se las pidan. El que no suministre la cuota que se le exige pierde su derecho en favor de los socios que hicieron los gastos correspondientes al renuente.

Tercera.—Cuando la sociedad no explote la mina, cualquier socio puede explotarla siempre que con ello no se perjudiquen los trabajos futuros que tenga en mientes la sociedad. En este caso los productos del laboreo corresponden al socio que lo hace.

Cuarta.—Las acciones de cada socio se consideran legalmente hipotecadas para el pago de los gastos que ocasione la mina. Es la hipoteca legal. Se ha dicho que sobre las acciones en la sociedad ordinaria de minas no cabe la hipoteca. Se ha partido del falso supuesto de que esas acciones, de acuerdo con las reglas del derecho común, son bienes muebles. Pero ello no es así. El socio tiene derecho de dominio sobre la mina. Como el comunero puede hipotecar su cuota en el inmueble común, así también el socio ordinario puede hipotecar sus acciones.

Quinta.—Cuando uno de los socios vende sus acciones, la sociedad en primer lugar, y luégo los socios, pueden retraer esas acciones, o sea, adquirirlas por el mismo précio a que fueron vendidas. El retracto tiene lugar únicamente en la compraventa. No puede extenderse a otra clase de relaciones jurídicas. (Tomo II, números 180 y 248. Tomo III, número 279).

446.—En varios puntos de esta obra, especialmente en los números 164 y siguientes (tomo II), hemos reproducido doctrinas de la corte, entresacadas de la obra "Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia", por el doctor Fernando Garavito A. Hoy tomamos de esa misma obra las doctrinas que aparecen en cuarenta números, del 447 al 487.

447.—"Si el demandante y demandado han convenido en la existencia de una sociedad, y las operaciones hechas en nombre de ella por su gerente o representante son las

que han dado origen a la demanda, este consentimiento en la litis contestatio es respecto del demandante (tercero con quien la sociedad contrató) una prueba suficiente de la existencia de la sociedad. La falta en autos de la escritura de la sociedad no puede ser alegada por ella para eximirse de las obligaciones contraídas con terceros" (casación, 8 de octubre de 1918). (Tomo II, números 166, 183 y 192).

448.—"La nulidad de que adolezca la constitución de una sociedad de comercio puede sanearse por el transcurso del tiempo" (casación, 20 de septiembre de 1919). (Tomo I, números 138, 141 y 142. Tomo II, números 157, 159, 184, 185, 187, 222 y 254. Tomo III, números 291, 294, 317 y 336).

449.—"Si el demandado aceptó, en la contestación de la demanda y en los alegatos de las dos instancias, la existencia de una sociedad de derecho, no puede después en casación alegar que ella es una sociedad de hecho por no hallarse en los autos constancia de la publicación y registro del extracto respectivo. Ello constituye un medio nuevo, opuesto a lo confesado por el recurrente, e inadmisible para fundar el recurso" (casación, 27 de marzo de 1920). (Tomo II, números 166, 183 y 192. Tomo IV, número 410).

450.—"Si el tribunal sentenciador estimó acreditado que la sociedad demandada era una sociedad de derecho, la corte de casación no puede variar esta apreciación si el recurrente no la ha atacado de errónea" (casación, 27 de marzo de 1920).

451.—"La sociedad (se trataba de una sociedad colectiva) es una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados; por consiguiente, los socios pueden transmitir su propiedad privada a la sociedad, como si la enajenasen a cualquiera otra persona, desprendiéndose de ella definitivamente" (casación, 27 de marzo de 1922). (Tomo I, números 107, 113, 118, 120, 123 y 134. Tomo II, números 163, 214 y 238).

452.—"La sociedad contractual se disuelve por la expiración del plazo, en cuanto desaparece entonces la persona moral capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones. Pero a la disolución sigue un estado que la ley llama liquidación, en el que los asociados continúan ligados por un lazo jurídico, mediante el cual están sujetos a derechos y obligaciones recíprocas, emanadas de la sociedad extinguida: cada socio tiene derecho a que el caudal social se divida por los medios legales después de la disolución, así como también tiene la obligación de contribuir a que la división se lleve a cabo, sin ejecutar hecho alguno incompatible con la misma operación, verbigracia, arrendando, vendiendo o disponiendo de cualquier otro modo de las cosas que deben partirse" (casación, 21 de marzo de 1922). (Tomo I, números 77, 117, 120, 134, 135 y 136. Tomo II, números 163, 215, 238 y 256. Tomo III, números 265, 271, 273, 284, 293, 294, 300, 306, 319 y 334).

453.—"Es incontrovertible que los socios, en ejercicio de sus derechos particulares, pueden transmitir su propiedad privada a la persona jurídica llamada sociedad, desprendiéndose de ella definitivamente, como si la enajenasen a cualquiera otra persona" (casación, 27 de marzo de 1922). (Tomo I, números 107, 113, 118, 120, 123 y 134. Tomo II, números 163, 214 y 238. Tomo IV, número 414).

454.—"No hay en el código de procedimiento disposición que exija a la compañía demandante la prueba de la existencia jurídica de la sociedad, como condición necesaria para promover demanda" (corte suprema, 28 de abril de 1922). (Tomo I, números 166, 183 y 192. Tomo IV, número 410).

455.—"Una sociedad comercial no es nula por faltarle a la razón social el complemento y compañía. El código de comercio no anula expresamente el contrato social sino en el caso del artículo 472 —y eso sólo entre los socios— por omisión de la escritura social y de cualquiera de las solemnidades prescritas en los artículos 469 y 470" (casación, 9 de febrero de 1923). (Tomo I, números 138, 141 y 142. Tomo II, números 157, 159, 184, 185, 187, 222 y 254. Tomo III, números 291, 294, 317 y 336. Tomo IV, número 411).

456.—"No viola el artículo 2117 del código civil la sentencia que reconoce derecho a un sueldo mensual, por remuneración de su trabajo, al socio que ha sido administrador de la empresa. El sueldo de un mandatario de la sociedad, con funciones permanentes, aunque sea socio, no constituye una mayor participación en las utilidades de la empresa por razón de que sus gestiones como simple socio hayan sido más lucrativas, que es lo prohibido por aquel artículo" (casación, 5 de mayo de 1923). (Tomo I, número 89).

457.—"Si los miembros de una compañía colectiva la declaran terminada por acuerdo unánime, y organizan, en la misma escritura de disolución, una compañía anónima entre los mismos socios, quienes transmiten a la nueva compañía sus derechos, provechos, intereses y aportes hechos en la colectiva, no obstante ello, la nueva sociedad anónima es persona o entidad distinta en derecho de la anterior compañía colectiva, y no una sim-

ple continuación de ella. Por tanto, la incorporación en la nueva del patrimonio de la antigua no puede tener lugar respecto de aquellos bienes o derechos que por disposición de la ley no se pueden traspasar o ceder libremente" (casación, 6 de noviembre de 1923). (Tomo IV, número 351).

458.—"Cuando una compañía está en liquidación, su personería radica en el liquidador. Es él quien liquida y cancela las cuentas de la sociedad, quien continúa y concluye las operaciones pendientes al tiempo de la disolución, quien representa en juicio a los asociados, activa y pasivamente, y quien responde a los acreedores, cuando es extraño, hasta concurrencia de los valores sociales que tuviese en su poder" (casación, 15 de diciembre de 1923). (Tomo III, números 273, 284, 294, 306, 319 y 334).

459.—"No asume el carácter de socio de una sociedad de derecho, sea civil o comercial, la persona que suministra dinero en préstamo para el desarrollo o ensanche de una empresa de otros" (casación, 10 de diciembre de 1925). (Tomo I, números 47 y 119).

460.—"Si el demandado, en juicio sobre disolución y liquidación de una sociedad comercial de hecho, confiesa (según se deduce de sus cartas misivas reconocidas judicialmente) que había un capital común aportado por él y el demandante con el fin de repartirse las utilidades o pérdidas que resultasen de las especulaciones comerciales efectuadas con ese capital, no incurre en error de hecho el tribunal sentenciador al estimar que entre ellos existió una sociedad, y no un mandato mercantil como preliminar de una sociedad futura" (casación, 30 de julio de 1923). (Tomo I, números 53 y 129. Tomo II, números 149, 153, 167, 168, 169, 186 y 250).

461.—"Tratándose de una sociedad de hecho, disuelta por muerte de uno de los socios sin haberse liquidado las operaciones que ella realizó, el socio o socios sobrevivientes pueden pedir la liquidación de las operaciones, sacar sus aportes y distribuírse emolumentos o las pérdidas que haya producido. Esta acción, y no la de rendición de cuentas, es la pertinente; es la única que reconoce la ley al efecto" (casación, 3 de junio de 1924). (Tomo I, números 53 y 129. Tomo II, números 149, 153, 167, 168, 169, 186 y 250).

462.—"No comete error de hecho ni de derecho el tribunal que califica de sociedad de hecho una empresa (se trataba de una empresa para la explotación de una barca) formada entre dos o más individuos, por no existir un documento, cualquiera que él fuese, en el cual se fijarn los requisitos o reglamentos mediante los cuales debería funcionar aquella sociedad para considerarla legal o regular" (casación, 3 de junio de 1924). (Tomo I, números 53 y 129. Tomo II, números 149, 153, 167, 168, 169, 186 y 250).

463.—"La sociedad de hecho no es de duración obligatoria: cualquier socio puede pedir que se liquiden las operaciones anteriores para sacar su propio capital, que (sin desprenderse de su dominio) hubiere puesto al servicio de su negocio común, con o sin intereses; restitución que puede hacerse antes de toda participación de beneficios" (casación, 10 de diciembre de 1925). (Tomo I, Nos. 53 y 129. Tomo II, Nos. 149, 153, 167, 168, 169, 186 y 250).

464.—"Hay sociedad de hecho cuando uno de los contratantes da en préstamo su dinero para el juego de un negocio, y el otro aparece como dueño de la empresa y ejecuta en su propio nombre los actos y contratos referentes a ella; máxime si quien suministra el dinero contrae la obligación permanente de comprometer su crédito comercial, de dar sus fincas en hipoteca y de allegar fondos invertibles en el negocio común, todo lo cual es materia de un aporte social" (casación, 10 de diciembre de 1925). (Tomo I, Nos. 53 y 129. Tomo II, Nos. 149, 153, 167, 168, 169, 186 y 250).

465.—"La existencia de una sociedad de hecho puede demostrarse con prueba testimonial. Ellas no están sometidas en su formación a formalidades especiales, como lo están las demás sociedades" (casación, 12 de diciembre de 1925). (Tomo I, Nos. 53 y 129. Tomo II, Nos. 149, 153, 167, 168, 169, 186 y 250).

466.—"Las sociedades industriales, sean civiles o comerciales, no están comprendidas en las disposiciones del código civil, relativas a personas jurídicas (corporaciones y fundaciones de beneficencia), sencillamente porque son entidades de orden privado que se rigen por otras disposiciones del código civil y por el código de comercio" (corte suprema, 30 de agosto de 1926). (Tomo II, Nº 165. Tomo III, Nº 289).

467.—"Una sociedad anónima puede demandar por medio de su apoderado o representante, de declaración de inexequibilidad de decretos o leyes violadores de la constitución" (corte suprema, 15 de diciembre de 1926). (Tomo III, Nº 336).

468.—"Cuando la demanda por cobro de unos créditos a cargo de una sociedad colectiva se dirige contra uno de los socios, es preciso que el demandante pruebe que al tiempo de establecerse la demanda el demandado era socio de dicha compañía, y tenía el

uso de la razón social; es decir, que se halla en las condiciones en que la ley hace fiador solidario al socio colectivo" (corte suprema, 30 de agosto de 1926). (Tomo I, Nos. 110, 119, 120 y 140. Tomo II, Nos. 158, 185 y 189).

469.—"Aunque la compañía colectiva haya dejado de existir y los socios de ella pierdan por el hecho de la liquidación su condición de mandatarios, conservan, sin embargo, un carácter sui generis y pueden por sus confesiones o declaraciones dar nacimiento a obligaciones en contra de la sociedad extinguida que afectan a los otros socios. Este estado de cosas especial, establecido en beneficio directo de los terceros contratantes con la sociedad, desaparece por el transcurso de cinco años, tiempo más que suficiente para obtener los acreedores de la sociedad liquidada el comprobante de sus derechos. Vencido el plazo de cinco años, desaparece totalmente el carácter de mandatario del socio, y él no puede por acto de su voluntad obligar a sus consocios; si declara sobre obligaciones sociales, a lo más obliga personalmente" (sentencia, 30 de agosto de 1926). (Tomo I, Nos. 77, 117, 120, 134, 135 y 136. Tomo II, Nos. 163, 215, 238 y 256. Tomo III, Nos. 265, 271, 273 y 300).

470.—"Si la demanda para el pago de una deuda contraída por una sociedad comercial colectiva (proveniente de derechos de importación) se dirige contra uno de los dos socios de dicha compañía y por muerte de éste, contra la sucesión de él, representada por el otro socio, la confesión o declaratoria de confeso de éste reconociendo la existencia de la compañía, y la efectividad de la deuda, hecha después de cinco años de disuelta la sociedad, no puede perjudicar al socio demandado" (corte suprema, 30 de agosto de 1926). (Tomo I, Nos. 77, 117, 120, 134, 135 y 136. Tomo II, Nos. 163, 215, 238 y 256. Tomo III, Nos. 265, 271, 273 y 300).

471.—"Es válido el poder conferido por uno de los socios de una sociedad colectiva para que sea representada en juicio. Para rechazar ese poder sería preciso demostrar que la sociedad había delegado la administración a uno o más socios distintos del que dio el poder" (corte suprema, 30 de octubre de 1926). (Tomo I, Nº 135. Tomo II, Nº 192).

472.—"Si la sociedad extranjera que tiene negocios en Colombia sólo ha constituído apoderado especial para que haga efectivas ciertas acciones, no puede considerarse a tal apoderado como representante legal de la compañía en los juicios que contra ella se promuevan; ni basta para ello la simple afirmación que éste haga de haber recibido autorización de la sociedad para representarla en ese juicio" (corte suprema, 23 de agosto de 1927). (Tomo I, Nos. 93, 105 y 123. Tomo II, Nº 164. Tomo III, Nos. 321, 322, 323, 336 y 341).

473.—"Aunque en un contrato haya habido estipulación sobre aportes comunes y sobre distribución de ganancias y pérdidas, no puede concluírse que tal contrato sea de sociedad si por la naturaleza de la convención, que participa de la de otros contratos distintos de aquél, no puede sostenerse que se hubiera constituído una persona distinta de los socios o contratantes, individualmente considerados, que es elemento esencial de la sociedad" (corte suprema, 23 de octubre de 1928). (Tomo I, Nos. 107, 113, 118, 120, 123 y 134. Tomo II, Nos. 163, 214 y 238).

474.—"Disuelta una sociedad colectiva de comercio por haberse vencido el plazo señalado para su duración, desaparece la personalidad jurídica de la entidad, y los socios no pueden demandar para la sociedad, sino para la sociedad en liquidación, expresándose esta circunstancia indispensable. Disuelta la sociedad debe procederse a su liquidación, y es el liquidador quien representa en juicio activa y pasivamente a los asociados, quien puede demandar en nombre de la sociedad en liquidación" (corte suprema, 17 de noviembre de 1925). (Tomo I, Nº 135. Tomo II, Nº 250).

475.—"El socio de una compañía colectiva (sea de hecho o legalmente constituída) tiene derecho de demandar el desembargo de una finca de su propiedad que ha sido embargada como de la sociedad en una ejecución seguida contra esta entidad para el pago de derechos de importación; y no importa que la demanda ejecutiva se le hubiese notificado también a él, y que hubiese manifestado que no tenía más bienes para responder, y que la casa de que es socio presentó los que había, entre los cuales fue denunciada la finca aludida. Sería preciso que se le hubiese demandado personalmente por los acreedores de la sociedad; de otra suerte el embargo de sus bienes no le perjudica. La responsabilidad solidaria de los socios colectivos no significa que se pueda prescindir del correspondiente juicio contra ellos (corte suprema, 19 de octubre de 1923). (Tomo I, Nos. 110, 119, 120 y 140. Tomo II, Nos. 158, 185 y 189).

476.—"El socio que aporta a una sociedad colectiva de comercio su trabajo e industria (socio industrial), con derecho a participar de las utilidades del negocio por partes iguales con el socio capitalista, si no se determina en la escritura la cuota que el so-

cio industrial debe llevar en las pérdidas, él no puede ser condenado a pagar cuota o suma alguna de los perjuicios que reclama un tercero a causa de no haber cumplido la sociedad un contrato que celebró con él." (Casación, 2 de mayo de 1929). (Tomo II, Nº 152. Tomo III, Nº 319).

477.—"Quien alega como causal de casación la violación directa del artículo 535 del código de comercio por no haberse efectuado la liquidación, demandada por el recurrente, de una sociedad de hecho disuelta por mutuo acuerdo de las partes, ha debido demostrar previamente (en las instancias del juicio) que la compañía era de comercio, sometida a las disposiciones mercantiles, puesto que en negocios civiles hay también sociedades de hecho" (casación, 3 de diciembre de 1928. (Tomo I, Nos. 77, 117, 120, 134, 135 y 136. Tomo II, Nos. 163, 215, 238 y 255. Tomo III, Nos. 265, 271, 273 y 300).

478.—"Si el que siendo industrial en la fecha en que se sancionó el acto que estableció el monopolio, aporta, como socio, a una compañía que se funda para explotar esa industria, su fábrica, su autorización o facultad de producir y sus derechos a la indemnización a que hubiere lugar si el gobierno impidiese continuar la producción, ni él, ni la compañía tienen derecho a indemnización de perjuicios si el gobierno, en aplicación de ese acto, impide la producción. Aquél, porque había dejado de ser industrial por un acto suyo antes de hacerse efectivo el monopolio, y la compañía, porque ella no existía cuando se estableció éste; el industrial sólo pudo aportar la fábrica, pero no la facultad de demandar perjuicios, puesto que él no conservaba el carácter de industrial cuando se hizo efectivo el monopolio" (sentencia, 8 de octubre 1931). (Tomo II, Nº 162. Tomo III, Nº 319).

479.—"Como la sociedad constituída entre varias personas forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados, es claro que éstos no son parte en los litigios que se sigan entre aquella entidad y terceros" (corte suprema, 20 de agosto de 1926). (Tomo I, Nos. 107, 113, 118, 120, 123 y 134. Tomo II, Nos. 163, 214 y 238).

480.—"Cuando no existe duda de que un contrato celebrado con terceros de buena fé por uno o más socios de una compañía colectiva de hecho se ajustó en nombre de ésta, la responsabilidad es solidaria para los miembros de esa sociedad aunque en el contrato no se diga expresamente que el socio o socios contratan en nombre de la compañía. La responsabilidad de los asociados es para todas las operaciones de la sociedad" (casación, 5 de octubre de 1927). (Tomo I, Nos. 110, 119, 120 y 140. Tomo II, Nos. 158, 185 y 189).

481.—"Si el demandado alega que hay una sociedad de hecho no liquidada, que hace improcedente la acción deducida contra él considerada con prescindencia de la situación jurídica creada por virtud de esa sociedad, la existencia de ésta puede acreditarse por declaraciones de testigos o por cualquiera de los demás medios que las leyes positivas admiten. Si no fuera así estarían imposibilitados los terceros de buena fe con quienes los socios hubieran contratado para hacer a éstos solidariamente responsables en el cumplimiento de las obligaciones contraídas en nombre y en interés de la sociedad, como igualmente lo estarían los mismos socios para pedir que se liquiden las operaciones y se les entregue lo que hubieren aportado, al tenor de preceptos expresos de la ley" (casación, 14 de julio de 1928). (Tomo I, Nos. 53 y 129. Tomo II, Nos. 149, 153, 167, 168, 169, 186 y 250).

482.—"Los terceros compradores de los derechos de los socios en una mina no tienen voto en la sociedad para oponerse a que ésta haga uso del retracto, por cuanto éste se entiende establecido en favor de ella o de los socios que la forman cuando la enajenación se verifique" (casación, 25 de junio de 1928). (Tomo II, Nos. 180 y 248. Tomo III, Nº 279).

483.—"Los requisitos de la protocolización de los extractos y de la existencia de un representante legal en Colombia, impuestos por los artículos 37 y 38 de la ley 40 de 1907, es para las sociedades no anónimas domiciliadas fuéra del país, "que tengan o establezcan empresas o negocios de carácter permanente en el territorio de la república", no para las que están fuéra de esas condiciones" (casación, 5 de octubre de 1927). (Tomo I, Nos. 36, 105 y 123. Tomo II, Nº 164. Tomo III, Nos. 321, 322, 323, 336 y 341).

484.—"Las sociedades formadas en país extranjero se rigen, en cuanto a su constitución y requisitos, por la ley de su origen, según el principio de derecho internacional privado **locus regit actum**; y por lo que respecta al ejercicio de derechos y a la efectividad de obligaciones que han de producir efectos en Colombia, los documentos comprobatorios respectivos extendidos allá tienen a su favor la presunción de que lo fueron conforme a la ley local de su origen, desde que estén autenticados de acuerdo con

la ley colombiana, salvo que parte interesada compruebe lo contrario" (casación, 5 de octubre de 1927). (Tomo I, Nos. 33, 105 y 123. Tomo II, Nº 164. Tomo III, Nos. 321, 322, 323, 336 y 341).

485.—"El hecho de que haga muchos años que una compañía extranjera tenga o haya tenido negocios en Colombia, y que haya tenido agentes colombianos para sus negocios en el territorio del país, no demuestra carácter permanente de esas empresas o negocios; y por consiguiente no es el caso de exigir que haya protocolizado un extracto de sus estatutos en Colombia y que tenga aquí un mandatario con facultades suficientes para representarla en juicio" (casación, 5 de octubre de 1927). (Tomo I, Nos. 33, 105 y 123. Tomo II, Nº. 164. Tomo III, Nos. 321, 322, 323, 336 y 341).

486.—"El legislador colombiano ha estimado conveniente someter a un régimen especial a las sociedades extranjeras que vengan a establecer negocios en el país. Este régimen especial empieza, bajo el sistema unitario de gobierno, con la ley 82 de 1888, que estableció los requisitos que debían llenar las sociedades anónimas domiciliadas fuera del país, que tuvieran o establecieran empresas de carácter permanente en la república; vino después la ley 124 del mismo año, que reformó la anterior, y posteriormente se expidieron los decretos legislativos números 2 y 37 de 1906 relativos a las sociedades extranjeras de todo género" (corte suprema, 5 de marzo de 1928). (Tomo I, Nos. 33, 105 y 123. Tomo II, Nº 164. Tomo III, Nos. 321, 322, 323, 336 y 341).

487.—"A las sociedades extranjeras que conforme al artículo 1º del decreto legislativo Nº 2 de 1906 protocolicen los documentos de su fundación en las notarías respectivas de la república, sólo puede exigírseles el derecho de registro de conformidad con la letra h) del artículo 1º de la ley 52 de 1920; o sea un peso por toda protocolización, sea de documentos o de procesos. Es decir, la protocolización de que trata el artículo 1º del decreto número 2 de 1906 no requiere el registro de los documentos protocolizados" (corte suprema, 5 de marzo de 1928). (Tomo I, Nos. 33, 105 y 123. Tomo II, Nº 164. Tomo III, Nos. 321, 322, 323, 336 y 341).

CORTE PLENA

LEYES Y DECRETOS SOBRE DEUDAS ACUSADOS COMO INCONSTITUCIONALES

Definición de los impuestos, según algunos tratadistas de ciencia fiscal. Improcedencia de la teoría de Wagner. El legislador no creó un impuesto. Teoría económica sobre el capital. Disponibilidad del capital e interés. Facultad del legislador para decretar la rebaja de intereses. Misión del derecho. Noción del derecho científico. Circunscripción hecha por el legislador de esta noción a los intereses del capital. Teoría de la imprevisión. Aplicación de la teoría de la imprevisión a nuestro derecho privado positivo. Exequibilidad de las disposiciones acusadas según los puntos de vista contemplados por la Corte. Teoría económico-jurídica del dinero. Artículo 127 del Código Fiscal. Régimen monetario de patrón de oro. Sistema de gold specie standard y de gold exchange standard. Curso forzoso. Diversas categorías de derechos fundamentales garantizados por la constitución. Garantías institucionales. Estado de derecho y democracia. Concepto político de ley. Soberanía monetaria y sistema monetario de un país dado. Facultad del Estado para regular lo referente al tráfico de la moneda. Razones de la prohibición del libre tráfico del oro.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Plena.—Bogotá, febrero veinticinco de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Juan Francisco Mújica)

Los ciudadanos José Arturo Andrade, Rafael Díaz Vargas, Mauricio Mackenzie, José Bartolomé Daza, Luis Francisco Gómez M. y Abel Losada demandaron, en sendos libelos, la inexequibilidad de las leyes 87 de 1932 y 11 de 1933 y la de los artículos 1º, 2º y 7º de la ley 46 de 1933; 1º y 7º del decreto 280 de 1932 y 1º del decreto 420 de 1932.

Los actores indicaron como violados los artículos 26, 31, 34, 78, ordinal 5º; 120, 76, numeral 11, 79 y 80 de la Constitución, y 5º, 7º, 67, 69, 50, 55, 56 y 62 del Acto Legislativo Nº 3 de 1910.

Contra el propósito de esta Corporación y de cada uno de sus miembros se ha dilatado el curso de estas actuaciones y demorádose el fallo de puntos cuyo grande interés nacional y cuya trascendencia bien han comprendido desde luego que requerían, a la par que el más concienzudo estudio, una solución rápida o siquiera no procastinada.

Pero aconteció que a consecuencia de numerosos incidentes que sobrevinieron se entorpeció la decisión final de este negocio, porque esos incidentes determinaron aplazamientos tales que, jutándose los plazos indispensables para cada uno de ellos, alcanzaron a formar un lapso demasiado largo. Afortunadamente no ha acaecido demora de las que, por serlo realmente en el fondo, implican culpa.

Así sucedió que varios de los Magistrados que formaban la Corte en el período anterior se manifestaron impedidos y que hubo de sustanciarse para cada cual el respectivo incidente. Otro tanto ocurrió con varios de los Magistrados del personal actual de la Corte, o sea el del período en curso. Se sustanció también lo relativo a la acumulación de las varias demandas citadas. Cuando ya parecía llegada al fin la oportunidad de formular el proyecto de sentencia, la ley 96 de 1936 obligó a nuevo reparto y determinó otro incidente plural de impedimento.

Por todo ello el proceso no entró al despacho del Magistrado sustanciador para que redactase el fallo, sino ya a fines del año próximo pasado.

Se han expuesto brevemente estos detalles, porque la Corte se halla en el deber de hacer presente cómo, si han venido a mediar años entre el comienzo y el fin de este proceso, ello no se debe a falta de acucia en los Magistrados ni a demora alguna de ellos en actuar.

CAPITULO I

Es motivo de acusación la circunstancia, afirmada por alguno de los demandantes, de no haber tenido la que vino a ser ley 37, la fuente precisa requerida por el artículo 80 de la Constitución, por cuanto quien presentó el proyecto en la Cámara no fue la respectiva comisión especial y permanente, prevista en el numeral 2º de ese artículo.

El expediente indica que sí fue una comisión especial y permanente la que presentó el proyecto.

Más aún. Aunque la certificación a que al respecto se está aludiendo no lo acreditase así, bastaría reconocer que la presunción sobre las actuaciones de funcionarios y entidades públicas en general, de ellas las Cámaras, es en favor de lleno de todas las formalidades procedentes, y que el interesado no ha destruído esa presunción como en su caso debiera haberlo efectuado, mediante la comprobación del respectivo hecho positivo.

Dadas esas circunstancias, el cargo es admisible y, por lo tanto, la Corte no se ve ante el problema de si su personal actual ha de mantener o reformar el concepto expresado y sostenido por esta corporación en diversos fallos de esta clase, en el sentido de que las facultades que le confiere a ella el artículo 41 del Acto Legislativo número 3 de 1910 no se extienden a decidir la inexequibilidad de una ley a causa de la preterm isión de las disposiciones que regulan el proceso de su formación.

Si el hecho básico de la acusación brilla por su ausencia, la Corte no tiene para decidir en la presente actuación por qué avocar aquel problema, siendo así que ni aunque en tal evento llegara a la conclusión necesaria para dar cabida a la demanda, ésta no prosperaría por la referida falta de aquel hecho.

CAPITULO II

1.—Por medio de los artículos 1º del decreto 280 de 1932, 1º del decreto 420 de 1932 y 1º de la ley 37 de 1932, se gravaron con un impuesto los intereses de las cédulas hipotecarias y los provenientes de contratos entre particulares. El exceso de los intereses, base del impuesto, es retenido por los deudores.

Objeto de la ciencia fiscal es, entre otros, la formulación de los principios que gobiernan la necesidad del impuesto, su legitimidad y su fin. El análisis de las cualidades esenciales que deben integrarlo. La selección de lo que ha de servir como base o causa de la imposición. La cuota, pie o tipo del gravamen, sus fuentes y su unidad. El sujeto y el destinatario de aquél.

Para el análisis de lo que es conducente en esta providencia, conviene reproducir las definiciones que dan del impuesto algunos de los actuales expositores de la ciencia fiscal.

Cauwes.—"Es el precio que la soberanía exige del individuo en virtud del principio de la solidaridad nacional, para la remuneración de los servicios de interés general y el pago de otras cargas provenientes de deudas del Estado".

Denis.—"La contribución obligatoria del individuo a las cargas que la conservación y el desarrollo simultáneos del cuerpo social han impuesto a las generaciones pasadas y en pago de los servicios públicos que exigen de la generación presente".

Schaeffle.—"Es la contribución exigida a los ciudadanos en virtud de su deber público y general de mantener la vida social, sin tener en cuenta las ventajas especiales de los servicios públicos para los contribuyentes individualmente".

Jeze.—"Es una prestación exigida de los individuos únicamente por razón del hecho de que dichos individuos son miembros de una comunidad política".

Rosier.—"Es un acto de solidaridad que ejecuta cada individuo con todos sus conciudadanos, en el presente, puesto que contribuye a la marcha de los servicios que interesan a todos, y con las generaciones precedentes, puesto que una parte notable de los gastos públicos es la consecuencia de los infortunios o de los despilfarros financieros de éstas".

Aparece de lo anterior que el impuesto no puede ser considerado hoy como una carga que pesa sobre el patrimonio de las personas, ni como un ataque a la propiedad de éstas. Es sólo la obligación específica, en cabeza de cada individuo, por razón de la necesidad inherente a toda sociedad política.

Al mismo tiempo se infiere de lo dicho que con el impuesto, por su naturaleza, siempre se produce una consecuencia económica que afecta la vida comercial de la nación que lo paga. Por consiguiente, el impuesto modifica las condiciones de producción, distribución y consumo de los productos. Según su situación, las personas son favorecidas o afectadas en sus actividades con el impuesto, porque éste puede estimular el atesoramiento, o provocar la evasión de los capitales, o relajar el proceso de su acumulación, o desplazar las industrias, o suscitar su in-

tegración. Y, por último, se deduce también de aquella caracterización del impuesto, que éste afecta fatalmente las esferas internacional, financiera, política, social, jurídica, técnica, psicológica y estadística de una nación.

Pero destacar como valor absoluto cualquiera de estos factores del complejo del impuesto es, en virtud de las definiciones transcritas, desnaturalizar el contenido de su concepto, puesto que se prescinde de su fin, el cual es de su esencia. Este fin, de acuerdo con los artículos 76, ordinales 11 y 13 de la Constitución y 67 del Acto Legislativo número 3 de 1910, no puede ser distinto del de atender a los gastos públicos, proveyendo las cajas del tesoro.

La teoría de origen alemán, encabezada por Wagner, que pretende ver en el impuesto un fin de política social, "el cual comprenda intervención reglamentaria en la repartición de las rentas de la fortuna de la población de manera de producir una modificación del reparto que se opera bajo el régimen del tráfico libre", es improcedente e inexacta, desde el ángulo constitucional y científico, porque la misión del fisco no es la de transformar su poder en instrumento de opresión a disposición de la clase dominante, la cual, con el pretexto de compensar las diferencias entre las personas, "resultantes del hecho de las iniquidades legales acumuladas", vendría a decretar, fiscalmente, la distribución de la riqueza común en provecho de una minoría que especula y a expensas de una mayoría que trabaja.

De la exposición de motivos acompañada a la publicación del decreto 280, resulta que el Gobierno se valió del impuesto, como del único instrumento constitucional que él creyó adecuado para restablecer el equilibrio contractual entre deudores y acreedores, roto con motivo del cambio violento que en la situación económica de ambas partes produjo la crisis mundial. El fin social del impuesto fue el de favorecer al deudor, sin detrimento del acreedor, permitiendo a aquél pagar el equivalente de lo estipulado, porque en ese entonces el poder adquisitivo del dinero había subido, poco más o menos, en la misma proporción en que fue gravada la tasa del interés. Igual propósito movió al legislador cuando ratificó la medida ejecutiva y la hizo extensiva a otros sectores de la actividad económica. Esto último se comprueba con los antecedentes legislativos acerca de la elaboración de las correspondientes leyes.

Lo que antecede es suficiente para concluír que el legislador no creó un impuesto, porque él es tan impotente como cualquier otro ser para cambiar la naturaleza de las cosas. Pero ello, por lo mismo, no significa que la impropiedad en la denominación induzca la inexequibilidad de los mandatos y concesiones contenidos en las proposiciones jurídicas que se analizan.

Según una actual teoría económica capitalista, la disponibilidad de capital es una de las condiciones del proceso de la producción, el cual exige tiempo, y la necesidad de esa disponibilidad, es una de las fuentes de aquélla.

Ese medio de producción tiene dos aspectos correlativos: negativo uno y positivo el otro. El primero es la renuncia que hace el dueño a consumir su capital durante cierto tiempo. El segundo es la utilización por el prestatario de ese mismo capital durante igual tiempo.

El interés no es otra cosa que el precio que se paga por la disponibilidad del capital, el cual, dentro del juego de los factores de la oferta y la demanda del capital disponibles, se halla determinado por el tiempo que se preste y por una prima de compensación a los riesgos inherentes al préstamo.

Se elimina, de acuerdo con esa teoría, los dos factores morales clásicos del sacrificio y de la confianza, que en la opinión vulgar se solían siempre acompañar al crédito o préstamo de consumo. El sacrificio, porque el grado de ahorro en la clase rica constituye la parte fundamental de la formación del capital total de la sociedad. La relación entre el ahorro y la renta total de los capitalistas, es considerablemente más elevada que en las otras clases sociales. La preocupación por el porvenir, que para las clases no ricas de la sociedad es el móvil del ahorro, está limitada por la necesidad urgente de mejorar el nivel de su vida. La confianza, porque la experiencia indica que lo natural en el prestamista es precisamente desconfiar de la capacidad de pago del prestatario, a causa de lo cual exige del deudor las garantías que cree convenientes para preservarse contra los eventos del incumplimiento, susceptibles de ser previstos.

En nuestro derecho vigente el interés representa, por lo tanto, "una retribución por la privación de utilizar el capital y a la vez una prima por el riesgo que apareja la concesión de crédito. Pero, como es natural, la retribución por el uso depende de la situación del mercado del dinero y la prima de riesgo tiene que determinarse por la intensidad del riesgo".

2.—Ahora bien. En el hecho, las reglas legales que se estudian contienen un mandato imperativo de rebaja, a un tipo deter-

minado, de los intereses no sólo futuros sino también pendientes. Sobre la razón de ser de las garantías institucionales, entre las cuales figura la de la protección de los derechos adquiridos, se hablará en el capítulo siguiente.

El problema aquí planteado es el de dilucidar, dados los fenómenos económicos que trajo consigo la crisis mundial, y la necesidad, no discutida, de regularlos, si el legislador tenía facultad para decretar la rebaja de intereses sin consideración a los pactados bajo el imperio de una ley anterior.

En el ordenamiento jurídico de un país, no todas las normas que regulan la conducta y las relaciones humanas se encuentran en la ley. Esta es sólo la forma técnica del derecho destinada a regir las relaciones estables diversas. Junto a la ley, se halla la costumbre, forma del derecho que suele reglamentar ciertas relaciones estables simples. Por último, existe también la forma científica adoptada por el derecho para dominar diversas relaciones móviles. Ninguno de esos tres modos elimina a los otros, sino que constituyen un todo articulado que modela al derecho en su integridad.

La misión del derecho no puede ser concebida sino a base de una libertad y de una actividad continuamente variables, porque actúa plasmado por la vida a la cual informa la cultura económica e histórica en permanente evolución. "De la misma manera que la historia de la lengua es siempre arbitraria y abstracta, si se la considera por sí, fuéra de las obras en las cuales la lengua se encarna, ya que la verdadera historia de la lengua es la de su poesía y literatura, de la misma manera, la verdadera historia del derecho de un pueblo (del derecho realmente seguido y no del meramente formulado en las leyes y en los códigos, y que, a menudo, quedó más o menos letra muerta), no puede menos que confundirse con la historia social y política de aquel pueblo: historia jurídica, o sea, económica; historia de necesidades y de trabajo".

La exigencia hacia la estática que contiene el derecho, se satisface mediante la conciliación de los nuevos ideales y circunstancias con las aspiraciones y particularidades antiguas.

El concepto científico del derecho subjetivo sólo se obtiene ponderando los dos elementos de su contenido. El del poder concedido por el ordenamiento jurídico al hombre, y el del fin, como medio para satisfacer los intereses humanos. No toda posibilidad de dominar es lícita, ni todo fin es permitido aun cuando se use del instrumento adecuado para alcanzarlo. De ahí otro factor en la vida del derecho: la moral que se manifiesta como una perenne exigencia hacia aquél.

Esta breve síntesis explica la génesis de las nociones doctrinarias y jurisprudenciales que con los nombres de abuso del derecho, responsabilidad civil, móvil determinante, enriquecimiento sin causa, fraude a la ley, buena fe, estado de necesidad, usura, imprevisión y otros, modifican la simple exégesis legal de los actos y negocios jurídicos en su nacimiento, desarrollo y cumplimiento, desde los puntos de vista de las personas, las situaciones, las cosas y los objetivos.

La justificación de tales nociones jurídicas, radica en que el derecho no es lógico sino económicamente ético. Sus proposiciones jurídicas no se encadenan según la ley de la causalidad, sino en el sentido de fundamento a consecuencia; motivo por el cual los principios de su sistema, que son dialécticos, no se imponen con el rigor universal y eterno de las ciencias matemáticas, v. gr.

Al estudiar el contenido de las proposiciones jurídicas que encabezan este capítulo, se echa de ver que el legislador no creó en realidad una norma nueva, ni por lo tanto vulneró la garantía institucional de protección a los derechos adquiridos, sino que, con técnica imperfecta, relievó una noción del derecho científico latente en la conciencia jurídica, circunscribiéndola a los intereses del capital. Noción aquélla que el órgano legislativo hizo aparecer a los ojos de todos en las circunstancias de la regla.

Esa noción de derecho es conocida en la doctrina y en la jurisprudencia con los nombres de la desaparición de la base del negocio, de la imprevisión, de la revalorización, o de la alteración de las circunstancias.

Se basa la teoría de la imprevisión en el hecho de que en algunos casos dados se hace indispensable atribuír una cierta importancia, tanto a la finalidad del negocio como a las particularidades decisivas para su logro. Sea en la hipótesis del error en las representaciones sobre las circunstancias básicas del pacto al tiempo de su perfeccionamiento, o en la de su alteración esencial acaecida posteriormente.

Los doctrinantes de la imprevisión dicen que "una fórmula general sostenida tiene que intentar la combinación de los factores subjetivos y objetivos y partir de si la parte contraria, procediendo de buena fe, y en atención al fin del contrato hubiese admitido que el contrato se hubiese hecho depender de la circunstancia en cuestión, o bien, de buena fe hubiese tenido que admitirlo

si al concluírse el contrato se hubiera tenido presente la inseguridad de la circunstancia. Por consiguiente, para que una circunstancia sea reconocida como base del negocio, es menester un triple requisito: 1º—Que la otra parte contratante haya podido conocer la importancia básica de la circunstancia para la conclusión del contrato. 2º—Que fuese únicamente la certidumbre respecto a la existencia, subsistencia o llegada posterior de la circunstancia en cuestión lo que motivase a la parte, que le atribuía valor, a prescindir de pedir a la otra parte su reconocimiento como condición. 3º—Y, finalmente, que en el caso de que la seguridad de la circunstancia se hubiese tomado en serio, la otra parte contratante hubiese accedido a esa pretensión, teniendo en cuenta la finalidad del contrato, o hubiese tenido que acceder procediendo de buena fe".

3.—En nuestro derecho privado positivo, la teoría de la imprevisión tiene preferente aplicación en los contratos a término, de prestaciones sucesivas y de especulación.

Otras de las normas acusadas de la ley 37 de 1932, no constituyeron mandatos para los acreedores sino condiciones que el Estado les exigió al concederles ciertas facultades. Tales disposiciones son exequibles, contempladas desde el ángulo jurídico en que se ha colocado la Corte. Además, los bancos hipotecarios nacionales fueron liquidados por el Banco Agrícola Hipotecario, en virtud de convenciones celebradas sobre la base de las autorizaciones contenidas en los artículos 16 y 17 de la citada ley.

Los preceptos sobre dación en pago de bonos nacionales de deuda interna y de cédulas del Banco Central Hipotecario, no son imperativos, ni convirtieron estos papeles en dinero, porque no reúnen las características de éste, como se infiere de lo que se dirá en el capítulo III.

Las consideraciones de este capítulo se hacen extensivas, en lo pertinente, al inciso 1º del artículo 2º de la ley 46 de 1933.

La técnica empleada en todas las normas dichas las hace aparecer necesariamente con efecto retroactivo y explica la necesidad de artículos como el 7º de la ley 46 de 1933, pero si ellas se aprecian como se ha hecho, según la verdadera naturaleza de su contenido, la aplicación de esas normas es sencillamente inmediata. El legislador al hacer uso de la facultad que le confiere el derogado artículo 50 de la Constitución evitó, en parte, los abusos que hubieran podido cometerse al amparo de una confusa y contradictoria jurisprudencia, la cual sin duda alguna habría surgido en ausencia de los preceptos legales que delimitaron uno de los campos de aplicación de la teoría de la imprevisión.

4.—Las disposiciones referentes a los términos para rematar y a las ritualidades para el avalúo de bienes en los juicios correspondientes, tuvieron aplicación inmediata, pero no efecto retroactivo. Es indiscutible que la ley actual y no la precedente es la que se aplica como ley procedimental a todos los actos del procedimiento que se cumplen bajo su imperio. Por lo demás, no se ha puesto en duda la facultad del legislador para dictar normas procedimentales.

5.—En cuanto a la rebaja de los intereses que pagan, por concepto de deuda interna los departamentos y los municipios, las consideraciones hechas sobre la naturaleza del impuesto demuestran la exequibilidad de la ley 11 de 1933, porque esta rebaja sí constituye un impuesto que el legislador podía establecer dentro de su órbita constitucional.

CAPITULO III

El artículo 2º de la ley 46 de 1933 determina el valor de la moneda nacional en curso en relación con el oro amonedado, tanto colombiano como extranjero, y modifica, en lo relativo al pago de las obligaciones contraídas en valutas extranjeras, las disposiciones legales vigentes en ese entonces, en el sentido de establecer el momento que debe tenerse en cuenta para ser reducidas a moneda colombiana.

No tan sólo porque el derecho moderno no puede configurarse en un sentido de indiferencia general hacia los problemas económicos comunes, sino, además, porque dentro de nuestro ordenamiento jurídico se hace imposible fraccionar la unidad conceptual del dinero, es necesario analizar en conjunto la teoría económico-jurídica de éste.

Los economistas capitalistas afirman que el valor de las cosas es el de su cambio, motivo por el cual el valor de ninguna mercancía es absoluto sino que necesariamente está en función de otra mercancía. Expresa, pues, el valor una relación. El valor de las mercancías es el que en la práctica se fija en el mercado bajo forma de precios. Estos, por lo tanto, son relativos, porque expresan los valores, también relativos, de la mercancía. Es fácil comprender esto, observando que se puede comprar una unidad de una cosa dada con tantas y tantas unidades de cada una de las cosas que queremos relacionar, o inversamente. De ahí que el valor de cada mercancía se mide relativamente a

la unidad, la cual cuando sirve de medida de los precios, es inevitablemente la misma de los valores.

La unidad que sirve de cálculo para la estimación de los valores, o unidad de cómputo, siempre ha sido de naturaleza abstracta y su existencia independiente se destaca, hasta cierto punto, de la mercancía que la encarna.

Cuando una cierta mercancía sirve para definir la unidad monetaria como equivalente de una determinada cantidad de aquella, nadie la estima por sus cualidades físicas. "En el comercio no se da ni se toma el dinero como lo que físicamente representa, esto es, un trozo de papel, una pieza de cobre o una pieza de oro".

El régimen monetario está integrado esencialmente por dos elementos: una tabla de cálculo de unidades abstractas y un conjunto de cosas utilizadas como signos monetarios, en los cuales se materializan, con la relación numérica de que se trate, aquellas unidades.

A consecuencia de lo dicho se ha podido definir en derecho el dinero como "aquellas cosas que, en el comercio, se entregan y reciben, no como lo que físicamente representan, sino solamente como fracción, equivalente o múltiplo de una unidad ideal".

Objeto, pues, de la teoría monetaria, es la determinación del concepto de la moneda mediante el análisis de las funciones esenciales de ésta, porque, para esa teoría, hoy ya es ajeno el estudio de la substancia material que constituye el signo monetario.

La primera función de la moneda es la de servir de talón de valores, evitando el trueque, por medio del instrumento general de cambio que haya sido catalogado en la tabla única de unidad de cálculo. La segunda de sus funciones es la de servir de medio para solucionar legalmente ciertas obligaciones. En ambas funciones se atiende solamente al número y no a la cantidad en su sentido de masa o montón. Como la autenticidad de las cualidades materiales del signo monetario se halla garantizada por el Estado, aquellas nunca se comprueban.

El texto del artículo 127 del Código Fiscal se amolda al concepto del dinero que acaba de expresarse. Para la perfecta comprensión de este artículo, se advierte que las palabras "moneda de cuenta" significan la unidad de medida que sirve para valorar las mercancías independientemente de su equivalencia a la moneda en circulación.

En el año de 1912, cuando se dictó la ley 110, no había oro acuñado colombiano en circulación ni en existencia. Hasta el año de 1914, según se deduce de la ley 120 que fijó el sello, gráfila, feble y diámetro de nuestras monedas de oro, no empezaron éstas a acuñarse. Con el establecimiento del régimen monetario de patrón de oro, el papel moneda existente era cambiado por billetes inconvertibles representativos de oro, en la proporción de cien pesos papel moneda por un peso oro. (Ley 65 de 1916). Se realizó, por consiguiente, un completo sistema monetario de patrón de oro con moneda de cuenta que demuestra, se insiste en ello, la naturaleza abstracta de la escala de precios y de la unidad de cálculo, los cuales no son consustanciales a una determinada cantidad de peso de oro, porque en la vida económica de la comunidad las relaciones por medir son esenciales, mientras que la unidad en la cual ellas son medidas es puramente formal.

La ley 25 de 1923 concedió al privilegio al Banco de la República de emitir billetes de Banco, con curso a la vez facultativo y de caja, esto es, con carácter de recusable por parte de las personas y de obligatoria admisión en las arcas nacional, departamentales y municipales.

La ley 82 de 1931 confirió a los billetes del Banco de la República curso legal, es decir, poder liberatorio absoluto, salvo que "por contratos se estipule expresamente otra cosa".

Desde cuando se estableció el Banco de la República hasta el 24 de septiembre de 1931, funcionó en el país el sistema conocido con el nombre inglés de "Gold Specie Standard", cuya "esencia consiste en que el precio del oro, el valor del oro en unidades monetarias está fijado por la ley, y eso determina el valor de la unidad monetaria misma".

En efecto, las condiciones que lo configuran se hallaban todas reunidas: el oro circulaba libremente; en el mercado, por el hecho de la libre acuñación, el metal se presentaba de manera de permitir manipular la cantidad deseada con facilidad, rapidez y certidumbre; las piezas gastadas por el uso eran retiradas sin plazo de la circulación; la convertibilidad de los billetes del banco era incondicional, sin que el curso legal de éstos alterara tales resultados; no existía obstáculo alguno a la fundición de las piezas amonedadas para la utilización industrial del metal; y, por último, la circunstancia de ser intercambiables, casi sin gastos, el oro amonedado y el oro en barras, hacía invariable el valor del uno por relación al otro. Este conjunto de factores explica que el oro, considerado como mercancía, se identificara en ese entonces con el verdadero patrón legal de valores.

A partir del Decreto 1683 de 1931, se inició el sistema denominado "Gold Exchange Standard", el cual había sido previsto por las leyes 25 de 1923 y 28 de 1931. "El 'Gold Exchange Stndard' es un medio práctico de economizar el uso del oro en la aplicación del patrón de oro. Se puede compararlo al pago de saldos, por cheque, entre bancos, en la oficina de compensación, en lugar de solucionarlos con dinero efectivo. Se hace uso del oro en los negocios internacionales como uno de los medios de cambio, pero este es un medio de cambio, no entre diferentes mercancías, (salvo indirectamente), sino entre monedas diferentes".

Según ese sistema, teóricamente no todo el oro se atesora por el banco emisor, sino que se invierte en colocaciones a corto término en plazas extranjeras, ganando interés. El banco emisor regula el cambio ofreciendo las divisas apreciadas y demandando las divias despreciadas. Exporta también el oro, (el cual en ningún caso se acuña), cuando ello es necesario, para restablecer el equilibrio en esa combinación.

Entendiendo por curso farzoso la dispensa al banco emisor de la convertibilidad de sus billetes, con el citado decreto no se modificó el curso legal del billete, pero tácitamente adquirió curso forzoso el crédito que esos billetes representan.

Con lo dicho queda demostrado por qué razón el inciso 2º del artículo que se analiza se limitó a fijar el valor de la moneda nacional en circulación, en relación con el oro acuñado colombiano y extranjero.

Es necesario distinguir en nuestra constitución las distintas categorías de los derechos fundamentales que ella garantiza y protege, a saber: a) Los absolutos; b) Los relativos; c) Los democráticos; y d) Los socialistas.

La protección y garantía de los derechos fundamentales tiene un alcance de decisión política, y expresa la forma concreta de la unidad política del Estado colombiano, cuya estructura es la democrática, modificada por los principios del Estado de Derecho.

En este caso sólo procede el análisis de las dos primeras categorías de aquellos derechos fundamentales.

A la primera categoría pertenecen en su orden: el de la libertad de conciencia (artículo 13 del Acto Legislativo número 1 de 1936); el de la libertad personal (artículo 28 de la Constitución); el de la inviolabilidad del domicilio (ibídem); el del secreto de la correspondencia (artículo 19 del Acto Legislativo número 1 de 1936); y en parte, el de la propiedad privada (primer colon del inciso 1º del artículo 10 del Acto Legislativo número 1 de 1936).

Tales derechos absolutos se agotan en la idea de que por su esencia no representan propiamente bienes jurídicos, sino que integran la esfera de libertad para el individuo, cuya personalidad puede desarrollarse dentro de aquella en el sentido de realizar la feliz armonía de sus instintos sin obstáculo por parte de la autoridad o de la tradición.

Ante esos derechos absolutos de libertad, se finge que "debe detenerse aún el más fuerte interés de una mayoría, por grande que esta sea; pues el valor infinito atribuído al individuo no puede ser sobrepujado ni siquiera por la suma de los valores de una mayoría preponderante".

Se dice que el Estado justifica su existencia ciñéndose a la protección de ellos. Por consiguiente, no pueden concebirse sino como anteriores y superiores al Estado, radicados en el hombre aislado y libre, para quien las leyes son extrañas en la creación de su contenido y sólo intervienen en la fijación de sus límites y en la reglamentación de su ejercicio.

La síntesis de esa concepción, hoy inexacta, fue hecha por Nietzsche, así: "Allí, donde el Estado cesa, allí empieza el hombre, que no es supérfluo; allí principia la canción de lo necesario, al modo simple e insustituíble".

Desde el punto de vista jurídico-constitucional colombiano, la declaración de esos derechos absolutos, comprende la aceptación del principio inmanente al Estado de Derecho, llamado de participación: "una esfera de libertad del individuo, ilimitada en principio, y una posibilidad de ingerencia del Estado, limitada en principio, mensurable y controlable".

Los derechos fundamentales relativos contienen un elemento político que les hace perder su calidad de poder radicarse en cabeza de cualquier sér humano único y libre, por cuyo motivo malogran lo absoluto de su protección. Tal atributo político de esos derechos hace que su libertad, en el sentido del Estado de Derecho, en vez de la posibilidad de conducta ilimitada en principio, sea únicamente libre utilización de las energías sociales. Estos derechos fundamentales relativos son: libertad de prensa, (artículo 42 de la Constitución); libertad de cultos, (inciso 3º del artículo 13 del Acto Legislativo número 1 de 1936); libertad de asociación, (inciso 1º del artículo 20 del Acto Legislativo número 1 de 1936); libertad de tráfico en su triple modalidad, industrial, comercial y contractual, (artículos 11, 15 y 20 del Acto

Legislativo número 1 de 1936; y el de la propiedad privada conforme a la parte restante del artículo 10 del Acto Legislativo número 1 de 1936. La relatividad de ellos proviene de que simplemente son garantizados dentro de los límites de la norma correspondiente.

Al lado de los derechos fundamentales, existen en nuestra Constitución las denominadas garantías institucionales. Son protección por parte del constituyente a ciertos derechos, con el fin de substraerlos a las cambiantes mayorías parlamentarias, procurándoles el mayor grado posible de estabilidad al impedir su modificación por la vía ordinaria del procedimiento legislativo. Lógica ni jurídicamente estas instituciones son derechos fundamentales, porque únicamente se configuran en consideración a la oportunidad de preservarlas en un momento social dado. Las garantías institucionales robustecen el principio que informa el Estado de Derecho en lo relativo a los derechos fundamentales, respecto de los cuales están en relación mediata. Son garantías institucionales, por ejemplo, las contenidas en los artículos 25, 26 y 30 de la Constitución, 3 del Acto Legislativo número 3 de 1910, 12 del Acto Legislativo número 1 de 1936, y lo referente, (artículo 10 del Acto Legislativo número 1 de 1936), a la invulnerabilidad de los llamados derechos adquiridos, cuyo sentido científico es el de prohibir la retroactividad de las leyes.

Los derechos fundamentales no pueden ser suprimidos por el procedimiento previsto en el artículo 70 del Acto Legislativo número 3 de 1910, sino tan sólo por un nuevo acto del Poder Constituyente. Son esenciales a nuestra Constitución y el legislador, mediante el anotado procedimiento, únicamente puede modificarlos. Ellos siempre prevalecen en conflicto de intereses, (salvo en lo relativo a los actos de soberanía), porque entonces lo que debe analizarse es el radio de su acción, cuya medida de antemano ha sido precisada por el Constituyente.

Hay en nuestra Constitución un dualismo proveniente de la presencia simultánea en su seno de dos elementos con frecuencia contradictorios: Estado de Derecho y Democracia. El primero es el que organiza el Estado con un criterio de defensa de la independencia del individuo y de la propiedad privada, en el sentido de la libertad burguesa, de protección del ciudadano contra el abuso del poder del Estado. Esto informa el ya citado principio de participación. La realización de éste (libertad preestatal ilimitada del individuo, limitada facultad estatal para invadirla), se efectúa mediante la división del poder público en los tres órganos llamados a ponderarse recíprocamente: Ejecutivo, Legislativo y Judicial.

El segundo elemento lo contituye la forma de gobierno, monarquía o república, y es por lo tanto político. Como se comprende, el Estado de Derecho puede coexistir con ambas formas.

Estado es la forma política de la existencia de un pueblo o nación, porque por su origen es ante todo una formación humana de hecho que ha reducido a una unidad la comunidad de sus miembros, por el efecto unificante de su organización. Por consiguiente, el elemento esencial del Estado es su pueblo.

Una nación puede darse de dos maneras un gobierno: cuando ella, o sea el pueblo, actúa, directamente, caso en el cual presenta una magnitud real política, o cuando la nación, como un todo real, no aparece presente en su identidad inmediata, sino representada.

En el primer caso, el pueblo es el portador del Poder Constituyente y se produce el elemento político-formal de gobierno constitutivo de la democracia (artículos 1º y 2º de la Constitución), al cual, se repite, pueden alcarse principios del Estado de Derecho. En la democracia, el supuesto de la igualdad parte de la base de la homogeneidad sustancial del pueblo y por consiguiente, "identifica a dominadores y dominados, gobernantes y gobernados, a los que mandan y a los que obedecen", en virtud de lo cual la soberanía del Estado y los poderes públicos emanan de la nación.

Es consecuencia de este elemento político-formal de democracia la de dar a ciertas leyes un contenido político, independientemente o en asocio de los atributos formal y material de ley, propios y conocidos del Estado de Derecho.

La ley de contenido político es "voluntad y mandato concretos y un acto de soberanía".

Voluntad por ser primaria, inicial, incondicional, pasada sólo en su propia fuerza de poder. Mandato, porque es manifestación de la facultad que tiene el pueblo de reglamentar sus propios negocios y trazar su propia línea de conducta. De soberanía, por ser el acto ejecutado por el órgano que en virtud de su identificación con el pueblo, encarna la voluntad general.

Ahora bien. El supuesto, el contenido y los efectos de la atribución a que se refiere el ordinal 15 del artículo 76 de la Constitu-

ción, está informado en el concepto político de ley.

En pocas leyes, cuya cepa sea el elemento político, se halla éste tan objetivado como en las que regulan el complicado mecanismo sensible, sutil y delicado hasta el extremo que constituye el sistema monetario de un país, porque es la voluntad del pueblo en el ejercicio del comercio jurídico "la que insufla en una cosa el alma del dinero. Ella es quien decide que la cosa en cuestión sea dada y recibida meramente como N veces la unidad ideal".

Nuestras situaciones conflictivas entre los intereses de la libertad y los de la democracia, con motivo del quebrantamiento del orden jurídico por medio de actos legislativos de soberanía, se resuelven siempre en favor del elemento político-formal, presidido por el principio básico de la igualdad, a menos que la Constitución expresamente disponga otra cosa.

El sistema monetario de un país pertenece a su Derecho Público. Este, en su aplicación y sus consecuencias, se rige entre nosotros con el criterio de la primacía incondicional de lo público sobre lo privado, por ser ello característico de la democracia.

Lo dicho hasta ahora, es la razón de ser, dentro de la teoría constitucional, de la exequibilidad del inciso 2º del artículo que se analiza. En la técnica del Derecho Civil este fenómeno de la primacía del elemento político-formal de democracia sobre la garantía institucional de la no retroactividad de la ley, forma parte de la noción de orden público. Corresponde, pues, a la Sala de Casación Civil establecer la jurisprudencia para una correcta aplicación de la norma cuya constitucionalidad se reconoce.

Todos los tratadistas de derecho que ocasional o sistemáticamente estudian el tema de la moneda, reconocen al Estado como un atributo suyo de todos los tiempos e indiscutible y con el nombre de soberanía monetaria, la facultad de regular ese tráfico en lo relativo, especialmente, a determinar la unidad de medida del valor, la naturaleza y obligatoriedad de los signos monetarios, la exclusión de los extranjeros, la emisión, desmonetización y convertibilidad de la moneda.

La razón política, para una democracia, de esa prerrogativa, tiene como consecuencia la de que la unidad ideal del régimen monetario no constituya un derecho subjetivo.

La deuda de dinero en contraste con la de género, puede, pues, ser satisfecha con cosas heterogéneas, porque la naturaleza física del objeto de la prestación no puede quedar fijada en el momento de constituirse la obligación. Esa misma carencia de homogeneidad en el dinero, elimina la diferencia cualitativa entre los signos monetarios de valor pleno, a causa de lo cual al acreedor sólo puede interesar el valor estatalmente asignado a cada clase de moneda.

En el hecho lo que existe son demandas de dinero considerado como tál, porque las deudas expresadas en importes nominales de signos monetarios específicos, nunca se refieren ni pueden referirse al valor de la moneda como mercancía.

En el oro la circunstancia de que sea susceptible de tráfico como metal, produce el resultado de que confluyan en él dos valores: el metálico y el monetario. Aquél se determina por la relación del precio del metal en la unidad de cálculo estatal vigente, dada la cantidad de metal contenida en la moneda y la que por la misma cantidad se paga en el mercado. Este, o sea su valor monetario, no tiene precio en la unidad de cálculo, porque el Estado colombiano, cuando adoptó el patrón oro, fijó su precio al establecer la unidad de medida de los valores, como el equivalente al peso en oro de un gramo 597 milésimos de gramo y 6 décimos de milésimo de gramo, a la ley de 916 milésimos y 76 centésimos de milésimo de fino.

Para mayor inteligencia de lo que acaba de decirse se analiza la misma idea por otro aspecto. El oro, que es una mercancía, cuando se utiliza como moneda no se sustrae a las leyes que dirigen el valor de ésta. El oro, lo mismo que cualquier otro signo monetario, el billete, v. gr., no es moneda por razón de su naturaleza metálica, sino porque el Estado así lo dispuso, acuñó la pieza, le otorgó poder liberatorio, la tarificó en la tabla de unidad de valores adoptada por él y le asignó las funciones características de la moneda. Si el precio de la pieza de oro acuñada casi nunca desciende notablemente por debajo de su precio como mercancía, es a causa de que la prohibición de fundirla se hace imposible llevarla a la práctica. Al contrario, basta prohibir la acuñación del metal para que su valor monetario se eleve indefinidamente por encima de su valor metálico, conforme a la teoría cuantitativa que llega a la conclusión de que a menor número de piezas en circulación les corresponde un mayor valor.

El oro es, pues, un talón monetario casi tan artificial como el papel moneda, y si no lo es igual débese ello a su implantación mundial como patrón de valores. La demanda del oro y por lo tanto su valor actual, proviene, no de su utilización industrial, la

cual es despreciable, sino de las cantidades que de él se utilizan en el mundo para la regulación del sistema del "Gold Exchange Standard". Ese mayor valor del oro débese a una medida estatal que substrajo la regulación de su precio como mercancía de las leyes económicas que normalmente determinan el precio de las cosas en el mercado, y, por consiguiente, al convertirse el metal en moneda de cuenta contractual, el Estado debía, por un imperativo político, determinar su relación de valor con los demás signos monetarios de poder liberatorio absoluto en circulación, para evitar el agio desenfrenado e inmoral cuyos inconvenientes sociales hubieran sido mayores que los del juego.

En efecto. Para conservar la subsistencia de nuestro patrón monetario hubo necesidad de prohibir el libre tráfico de oro. La inminente salida total de éste era consecuencia del saldo pasivo de nuestra balanza internacional de pagos, por el descenso en el precio de las exportaciones, cuyos beneficios se disminuyeron porque la restricción de los consumos produjo la baja de los precios.

La proposición jurídica que se analiza facilitó la normal ejecución de los contratos anteriores a la vigencia de ella y procuró la realización de las convenciones a término y de crédito, el cumplimiento de las cuales se habría hecho difícil en extremo, si no imposible.

A la luz de la teoría dinámica del derecho, la constitucionalidad de la ley que se acusa es también incuestionable.

La unidad normativa que identifica al Estado con el derecho, se coordina dentro del sistema según el cual las normas que integran el orden jurídico se hallan ligadas las unas por relación a las otras, en una conexión de sucesivo encadenamiento. Así, la validez jurídica de una norma no se produce sino cuando ella ha sido creada en virtud de otra norma preexistente que legitime su aparición. Resulta de este sistema que las diferentes especies de normas se originan las unas de las otras, en un orden lógico y jurídicamente determinado, cuyo escalonamiento gradual se jerarquiza dentro de las distintas normas, de manera que cada una de ellas condiciona la norma que la precede, la cual también es condicionada, a su turno, por la que la ha antecedido.

Para la estructuración de este orden jurídico, la escuela normativa forma una escala integrada por los diversos elementos reguladores de aquél: en la cima se halla la Constitución, foco generador de todas las demás reglas jurídicas. En seguida viene la ley, después el decreto, luégo los actos administrativos y providencias judiciales, y, por último, los demás actos que se denominan de ejecución.

La atribución concedida privativamente por el ordinal 15 del artículo 76 de la Constitución al Congreso, produce la consecuencia de que en la creación del derecho por los particulares, la determinación del signo monetario, como medio de pago, sea un simple acto de ejecución que por lo tanto no hace parte del contrato. Esto es así, porque la ley precedente que faculta a los contratantes para establecer libremente determinadas normas reguladoras de su conducta, no tiene como elemento de su contenido, el poder de crear la vinculación de las partes en lo relativo a fijar la diferencia de valor entre los distintos signos monetarios de igual poder liberatorio.

Para que pudiera existir formación contractual de derecho respecto de las cláusulas convencionales sobre estipulación de determinado signo monetario, y por lo tanto hubiera lugar a la concreción del principio de la norma abstracta referente a la irretroactividad de la ley, sería necesario que el artículo constitucional citado impidiera modificar el estatuto monetario, esto es, permitiera al Congreso su fijación por una sola y única vez, o que por disposición expresa de la Constitución la ley monetaria tuviera carácter atributivo.

En realidad, el oro no sirve para pagar las deudas internacionales. Estas se cubren con los signos monetarios que tienen curso legal en el correspondiente país. Si al oro se le considera como moneda internacional, es porque en las naciones con régimen de patrón de oro sigue encarnando la unidad abstracta de medida de los valores, en las correspondientes tablas únicas de cálculo.

Para terminar se acoge esta pertinente observación: "El sistema de monedas acuñadas, al que se concedía una importancia tan desproporcionada para el sistema monetario, que llegaba a identificar ambos conceptos, ha dejado de ser un elemento esencial del sistema monetario, por lo menos en lo que se refiere a moneda representativa de todo su valor. El sistema de monedas acuñadas es de hecho, de aquí en adelante, un capítulo cerrado en el desenvolvimiento histórico del sistema monetario".

RESOLUCION:

Oído el señor Procurador General de la Nación, la Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia en ejercicio de las funciones constitucionales que le señala el

artículo 41 del Acto Legislativo número 3 de 1910, decide:

1º—Son exequibles las leyes 37 de 1932 y 11 de 1933 y los artículos 1º y 7º del decreto 280 de 1932, 1º del decreto 420 de 1932, 1º, 2º y 7º de la ley 46 de 1933.

Cópiese y notifíquese. Comuníquese al Gobierno. Insértese esta providencia en el "Diario Oficial y en la GACETA JUDICIAL. Archívense los expedientes.

Pedro Alejo Rodríguez, Liborio Escallón, Pedro A. Gómez Naranjo, Ricardo Hinestrosa Daza, Salvador Iglesias, Miguel Moreno J., Juan Francisco Mújica, Eduardo Zuleta Angel. El Conjuez, Ernesto Valderrama Ordóñez. El Conjuez, Antonio José Montoya. El Conjuez, Alberto Suárez Murillo. El Conjuez, Pedro M. Carreño. Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

SALVAMENTO DE VOTO

de los Magistrados Liborio Escallón y Miguel Moreno J. y de los Conjueces Alberto Suárez Murillo, Pedro M. Carreño y Ernesto Valderrama Ordóñez

Aun cuando aceptamos la parte resolutiva de la anterior sentencia y varios de los fundamentos que le sirven de base, hemos estimado pertinente hacer algunas aclaraciones, contenidas en los siguientes conceptos, no porque éstos hayan sido impugnados en la sentencia cuyo espíritu es muy elevado, sino que, en cuanto a nosotros concierne, queremos dejar expresado con toda nitidez nuestro pensamiento respecto de algunas proposiciones de la parte motiva.

a) Existe una Regla Suprema, fundamento de toda moralidad y de toda autoridad.

b) Esa moralidad trasciende a toda clase de actividades privadas y colectivas, desde la más íntima hasta las más ostensibles. No sólo en el campo económico, donde, como se dice acertadamente en la sentencia, existe el elemento ético, sino también en todo orden.

c) No es la coordinación de los elementos económicos e históricos lo que interpreta los acontecimientos privados y colectivos, sino los designios de la Providencia, que todo lo dirige y encamina a un fin preconcebido que escapa muchas veces a la limitada misión de los hombres.

d) Antes que las leyes positivas y por encima de éstas, existen las eternas, las divinas y las naturales.

e) Algunos de nosotros estiman que ha debido suprimirse de la sentencia el aparte que empieza así: "es necesario distinguir en nuestra constitución las distintas categorías de los derechos fundamentales que ella garantiza y protege", y que termina así: "presidido por el principio básico de la igualdad, salvo cuando la constitución expresamente dispone otra cosa". Aun cuando estamos de acuerdo en algunos de los conceptos expresados en el aparte a que nos referimos, la supresión de éste no afecta en nuestro sentir los fundamentos de la sentencia, que son jurídicos y sólidos.

Liborio Escallón, Miguel Moreno J. El Conjuez, Alberto Suárez Murillo. El Conjuez, Pedro M. Carreño. El Conjuez, Ernesto Valderrama Ordóñez.

LEY ACUSADA NUMERO 62 DE 1936, SOBRE SOCIEDADES MASONICAS

Conforme al texto de la ley no se está ante una orden de conceder a todo trance la personería a las sociedades masónicas, ni menos ante un reconocimiento de éstas ya pronunciado, sino tan sólo ante una disposición limitada en la misma forma y sometiéndose a las mismas exigencias que, para gestionar con igual fin y conseguirlo, han de proceder otras asociaciones o compañías según las leyes y decretos pertinentes. Como se ve, no hace sino declarar que las asociaciones masónicas se hallan en pie de igualdad con las demás asociaciones que pueden obtener personería jurídica, en lo que respecta a su capacidad de solicitarla y lograrla; en otras palabras: que no están aquéllas incapacitadas al respecto. — 2. Siendo ese y razón de la demanda el quebrantamiento por la ley acusada de los artículos 38 y 49 del Estatuto de 1886, se encuentra en esto un motivo más para no hallar la inconstitucionalidad apuntada por los acusadores. No puede perderse de vista que lo acusado es una ley por la cual las asociaciones masónicas pueden pedir reconocimiento de personería jurídica. La acusación no versa sobre disposición alguna que prevea a crearlas. Si de esto se tratase, sería el caso de estudiar lo atañedero a la exigencia de no ser contraria a la moral ni al orden legal una asociación, corporación o fundación para formarse, tanto a la luz del artículo 47 de la Constitución de 1886, como a la del artículo 20 de la enmienda de 1936. Esta disposición confiere a toda asociación la potestad de pedir la personería en referencia. Ocurre observar que si esto es lo provisto por la Ley 62 simplemente, mal sabe reputarla inconstitucional. Ella, ante la situación actual creada por la vigencia de ese artículo 20, viene a ser hasta innecesaria.—3. Al igual de toda otra corporación o asociación, las masónicas han de llenar los requisitos exigidos por las respectivas disposiciones reglamentarias de la materia para obtener personería jurídica; las gestiones que con este fin se hagan habrán de ser para las asociaciones masónicas como las vendo siéndolo para las demás, el medio y a la vez la ocasión más indicada para que se establezca si reúnen o no los requisitos constitucionales establecidos tanto por el citado artículo 38 como por el 20 que lo reemplaza.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Plena.—Bogotá, trece de marzo de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente, Dr. Ricardo Hinestrosa Daza).

En ejercicio de la acción consagrada por el artículo 41 del Acto Legislativo número 3 de 1910, el doctor Carlos Bravo, demandante inicial, y el señor Jorge Leiva, coadyuvante, vecinos ambos de Bogotá, piden se declare inexequible la Ley 62 de 1936, cuyo artículo único dice: "Las sociedades masónicas podrán obtener del Gobierno personería jurídica de acuerdo con la ley y decreto que reglamentan la materia".

La estiman contraria a los artículos 38 y 49 de la Constitución, en suma así: al primero, que reconoce como religión de Colombia la católica y ordena a los poderes públicos protegerla y respetarla como esencial elemento del orden social, porque las sociedades masónicas son sus enemigos tenaces y fervientes; y al segundo, porque no reúnen las condiciones de legítimas y públicas, indispensables según él para ser reconocida una corporación como persona jurídica.

El señor Procurador General de la Nación, respondiendo el traslado ordenado por dicho artículo 41, se opone arguyendo que las sociedades masónicas han existido permanentemente aun bajo la Constitución de 1886; si carecieran de la legitimidad que esto hace presumir, lo atacable por ello sería su funcionamiento y existencia, no una ley que se limita a declarar que pueden obtener la referida personería por los trámites ordinarios; no son secretas en el sentido efectivo de esta palabra, y su calidad de enemigo de la religión católica no puede depender de la afirmación de sus adversarios, a que se agrega, por otra parte, que la ley acusada en nada obsta a que la Iglesia decrete sanciones contra sus fieles, inclusive la máxima de la excomunión.

En esto alude el señor Procurador a las observaciones de los demandantes, que traen a cuento el reclamo del señor Arzobispo Primado dirigido al Congreso cuando se debatía lo que vino a ser esa ley, según memorial de que transcribe lo relativo al concepto de ser la masonería enconado enemigo de la Iglesia y estar prohibida bajo pena de excomunión por el canon 2335 del Código Eclesiástico.

La demanda, en su tema fundamental, puede condensarse en esta reflexión: el legislador con el solo hecho de declarar la potestad de las asociaciones masónicas de obtener personería jurídica está afirmando implícitamente que la declaración es necesaria a tal fin, lo que a su turno significa que sin esa ley o antes de ella esas asociaciones carecían de esa potestad; y como toda corporación tiene constitucionalmente ese de-

recho en siendo legítima y pública (art. 49 citado), calidades de que en concepto de la demanda las asociaciones masónicas carecen, la violación del precepto a que viene aludiéndose salta a los ojos.

El señor Procurador en síntesis clara aduce la historia del establecimiento de las disposiciones constitucionales relacionadas con este tema. En el proyecto primitivo de la Constitución de 1886 el respectivo artículo decía: "Es permitido formar sociedades y compañías, públicas o privadas; pero no secretas". Y que esta redacción se encaminaba a prohibir las asociaciones masónicas lo persuade el respectivo discurso del Delegatario Dr. Samper, cuya elocuencia y vehemencia no fueron parte a que aquélla se acogiese. Desechado, pues, el proyecto en su frase final, los partidarios de la prohibición buscada con ella acudieron a una modificación aditiva al artículo en que se había consagrado el derecho y suprimido aquella frase, a saber: "Las sociedades secretas estarán sometidas a la inspección de la autoridad". Tampoco tuvo acogida este intento. Y así quedó consagrado el derecho en referencia tal como reza el art. 47 del Estatuto de aquel año, artículo de visible relación íntima con el 49.

Sobre ese pie conceptúa el señor Procurador: si los constituyentes de 1886 rechazaron los intentos de persecución a las logias masónicas tan inequívocamente como lo demuestran esas citas, es claro que no las reputaron corporaciones a que faltase uno que fuera de los dos elementos —legitimidad y publicidad— requeridos por la disposición que quedó acogida definitivamente tras de discusiones dilatadas.

El proyecto inicial de la ley 62 formuló su propósito en términos imperativos, por cuanto se presentó así: "Son personas jurídicas, además de las reconocidas por el Título 36 del Libro I del Código Civil, por la ley 57 de 1887 y por la ley 153 de 1887, las sociedades masónicas domiciliadas en Colombia".

Así fue aprobado en sus tres debates por la Cámara de Representantes; pero en el Senado se sustituyó por el ya trascrito aquí como texto definitivo de la ley, lo que hace hasta innecesario advertir que la modificación o, mejor dicho, cambio total, obtuvo después la aceptación de la Cámara.

El título de la ley al presentarse decía: "Proyecto de ley por la cual se concede personería jurídica a las sociedades masónicas". Así se conservó, a despecho del cambio anotado, es decir, no obstante que la ley no concede tal personería sino que simplemente se limita a declarar que puede obtenerse mediante ciertas formalidades, tal como reza su tenor literal y claro aquí trascrito.

Parece, pues, que por inadvertencia dejó de variarse el epígrafe para ajustarlo a algo que lógicamente correspondiera a lo que efectivamente vino a ser ley; pero la conservación del epígrafe del muy diferente proyecto original no puede ser óbice para reconocer que la ley la constituye su trascrito artículo único, el que establece lo que textualmente expresa y no lo que aquel epígrafe conduciría a sugerir aisladamente leído.

Así, pues, no se está ante una orden de conceder a todo trance la personería en referencia, ni menos ante un reconocimiento de ésta ya pronunciado, sino tan sólo ante una disposición limitada a declarar que esa personería es obtenible por las asociaciones masónicas en la misma forma y sometiéndose a las mismas exigencias que, para gestionar con igual fin y conseguirlo, han de proceder otras asociaciones o compañías según las leyes y decretos pertinentes.

Como se ve, no hace sino declarar que las asociaciones masónicas se hallan en pie de igualdad con las demás asociaciones que pueden obtener personería jurídica, en lo que respecta a su capacidad de solicitarla y lograrla; en otras palabras: que no están aquéllas incapacitadas al respecto.

La demanda parece colocar el caso bajo esta luz: esa incapacidad existía, y tanto es así, que la ley viene a levantarla, pues de lo contrario no se comprendería que ésta se dictase. Así como en la interpretación de una cláusula contractual debe descartarse el camino por donde se llegue a que no tiene alcance alguno, porque debe partirse del supuesto de que cuando se redactó e introdujo por algo y para algo sería, del propio modo al indagar el sentido de una ley debe descartarse aquél que implique su falta de necesidad o de razón de ser y debe, por el contrario, suponerse desde luego que para algo y por algo se ha dictado. Y ese algo en el presente caso, en concepto del demandante, es, nada menos, que la atribución a dichas asociaciones de una capacidad, de la que, por lo mismo, obligadamente debe colegirse y aun reconocerse que, en opinión del legislador, no tenían, ya que no podría comprenderse cómo se sienta él en la necesidad de decir que dichas asociaciones pueden obtener personería, sin comenzar él mismo dando por sentado que sin esa ley y antes de esa ley no les asistía tal capacidad.

Así formulada o condensada la argumentación, da la apariencia de concluyente.

Con todo, en el fondo no tienen los hechos la completa realidad que sería precisa a tal efecto, en forma de imponer el silogismo.

Para encontrarlo así basta volver al citado contraste entre la disposición misma y el epígrafe y entre ella tal como quedó y ella tal como fue inicialmente proyectada. Lo que se deseó y propuso originariamente fue la declaración por el legislador de que esas asociaciones tienen de suyo esa personería. Así lo evidencia la lectura del artículo ya trascrito, en su versión primera, que fue la que prosperó en los sucesivos debates de la Cámara. Pero, no habiendo hallado ambiente propicio en el Senado y abocado éste por esos antecedentes y trámites a la necesidad de legislar sobre ese tema, vino a hacerlo en la forma que prosperó en él y que la Cámara acogió a la postre. De ahí se deduce un cambio total, claramente visible al confrontar las dos redacciones, el que no sólo es de contexto sino de finalidad y de sentido.

Así las cosas, vino a producirse el hecho, no infrecuente en el Congreso, de que por uno u otro motivo se dicte una ley innecesaria, lo que infirma la antedicha reflexión aparentemente poderosa de que cuando él dicta una ley debe suponerse inexorablemente que para algo la ha dictado, reflexión que en el presente caso conduce, como se dijo ya, al demandante a sostener que del hecho mismo de haberse legislado es forzoso inducir que se ha creado una situación distinta de la preexistente, esto es, de la que había sin esa ley.

Así, por vía de ejemplo, tomado al caso y muy adecuado por la segura falta de todo interés distinto del de humanidad, se tienen las leyes 18 de 1890 y 122 de 1913 encaminadas a acorrer a los Municipios cuando les sobreviene alguna calamidad o siniestro como incendio, inundación o terremoto. Dictada y en vigor la primera, innecesaria fue la segunda, a que se proveyó, a no dudarlo, por faltar el recuerdo de la que desde 1890 regía. Y aunque toma aisladamente la de 1913 sería de reflexionarse que cuando el legislador la dictó con este solo hecho demostró que ella hacía falta y que sin ella permanecería un estado que era preciso cambiar, ello es que al sólo evocar la de 1890 se comprende que tal estado anterior distinto no es una realidad y que el orden de cosas que al respecto vino aparentemente a crearse en 1913 ya para entonces, y de años atrás, existía.

Esa situación anterior es, al decir del demandante, en el presente caso, la de imposibilidad constitucional, por carecer las asociaciones masónicas de las dichas calidades, de donde deduce el cargo de violación del citado art. 49, en cuanto, sin que aquéllas las hayan adquirido, les confiere una capacidad que sólo con estos elementos tendrían.

Como varias veces queda advertido en este fallo, la ley no concede de suyo la personería en discusión sino que se limita a declarar que puede obtenerse, agregando, además, que ello ha de ser de conformidad con las disposiciones reglamentarias de la materia. Esta reflexión indica de por sí que la ley no merece el cargo o que éste no se justifica.

Como se vio, la ilegitimidad la encuentra el actor en lo atañedero a la religión e iglesia católicas, ante el citado art. 38. Esta disposición quedó derogada y reemplazada por el art. 13 del Acto Legislativo Nº 1 de 1936. Ya se vio cómo responde el Procurador General el cargo de ser secretas dichas asociaciones. Cabe observar que las diligencias para obtener personería jurídica exigen, entre otras formalidades, la presentación de los estatutos, con lo que riñe el secreto.

El art. 49 quedó derogado y reemplazado por el 20 de la citada enmienda de 1936.

Así las cosas y siendo eje y razón de la demanda el quebrantamiento por la ley acusada de dichos artículos 38 y 49 del Estatuto de 1886, se encuentra en esto un motivo más para no hallar la inconstitucionalidad apuntada por los acusadores. No puede perderse de vista que lo acusado es una ley por la cual las asociaciones masónicas pueden pedir reconocimiento de personería jurídica. La acusación no versa sobre disposición alguna que provea a crearlas. Si de esto se tratase, sería el caso de estudiar lo atañedero a la exigencia de no ser contraria a la moral ni al orden legal una asociación, corporación o fundación para formarse, tanto a la luz del art. 47 de la Constitución de 1886, como a la del art. 20 de la enmienda de 1936 aquí transcrito.

Esta disposición confiere a toda asociación la potestad de pedir la personería en referencia. Ocurre observar que si esto es lo proveído por la ley 62 simplemente, mal cabe reputarla inconstitucional. Ella, ante la situación actual creada por la vigencia de ese art. 20 viene a ser hasta innecesaria.

De resto, si al igual de toda otra corporación o asociación, las masónicas han de llenar los requisitos exigidos por las respectivas disposiciones reglamentarias de la materia para obtener personería jurídica, las gestiones que con este fin se hagan habrán de ser para las asociaciones masónicas como han venido siéndolo para las demás, el

medio y a la vez la ocasión más indicada para que se establezca si reúnan o no los requisitos constitucionales de que acaba de hablarse, o sean los establecidos tanto por el citado art. 38 como por el 20 que lo reemplaza, desde el punto de vista en que a tan interesante respecto viene razonándose.

Concretando el pensamiento a lo que debe concretarse el fallo para no decidir extra petita ni ultra petita, basta lo dicho sobre el efectivo sentido y alcance de la ley 62 y sobre que éstos no se hallan en su título o epígrafe sino en ella misma, es decir, en su artículo único, para reconocer, confrontando éste con el citado art. 20, que el cargo de inconstitucionalidad no puede prosperar.

A igual conclusión se llega una vez cumplida por la Corte, como lo ha hecho, la obligación en que la ha colocado la ley 96 de 1936 en el inc. 2º de su art. 2º.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia, en ejercicio de la función constitucional señalada en el art. 41 del Acto Legislativo Nº 3 de 1910, oído el Procurador General de la Nación, decide: no es el caso de declarar inexequible la ley 62 de 1935.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Pedro Alejo Rodríguez, Aníbal Cardoso Gaitán, Liborio Escallón, Pedro Alejandro Gómez Naranjo, Ricardo Hinestrosa Daza, Salvador Iglesias, Rodrigo Jiménez Mejía, José Antonio Montalvo, Miguel Moreno J., Juan Francisco Mújica, Antonio Rocha, Eleuterio Serna R. — Pedro León Rincón, Srio en pdad.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR RODRIGO JIMENEZ MEJIA A LA SENTENCIA DICTADA POR LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA EN RELACION CON LA DEMANDA PRESENTADA POR EL DOCTOR CARLOS BRAVO PARA QUE SE DECLARARA INCONSTITUCIONAL LA LEY 62 DE 1935 SOBRE PERSONERIA DE LAS LOGIAS MASONICAS

La ley 62 de 1935 faculta a las sociedades masónicas para obtener del Gobierno personería jurídica de acuerdo con la ley y decreto que reglamenta la materia. La nombrada ley 62 ha sido acusada de inconstitucionalidad ante la H. Corte Suprema de Justicia. Esta hubo de declararla ajustada a las normas constitucionales por siete votos favorables contra cinco adversos.

Contándome entre los magistrados que fueron adversos a la tesis de constitucionalidad de la ley, paso a dar las razones que motivan mi salvamento de voto.

El art. 49 de la Constitución Nacional de 1886 decía: "Las corporaciones legítimas y públicas tienen derecho a ser reconocidas como personas jurídicas, y a ejecutar en tal virtud actos civiles y gozar de las garantías aseguradas por este título, con las limitaciones generales que establezcan las leyes, por razones de utilidad común". Este artículo fue derogado expresamente por el 34 del Acto Legislativo número 1 de 1936, y sustituído por el artículo 20 del mismo, que se transcribe en seguida:

Acto Legislativo número 1 de 1936. Artículo 20: "Es permitido formar compañías, asociaciones y fundaciones que no sean contrarias a la moral o al orden legal. Las asociaciones y fundaciones pueden obtener su reconocimiento como personas jurídicas.

"Se garantiza el derecho de huelga, salvo en los servicios públicos. La ley reglamentará su ejercicio".

Ya se estudie la ley 62 de 1935 que faculta a las sociedades masónicas para obtener personería jurídica desde el vértice de una u otra de las disposiciones constitucionales citadas, es evidente que está en contradicción manifiesta con ellas, puesto que dicha ley pone en capacidad de obtener personería jurídica a una institución secularmente contraria a la moral de la civilización occidental, o moral del cristianismo, contrariando así la primera base fundamental de nuestro orden público.

La libertad de asociación, nos decía Santonetti, no debe impedirse sino, "cuando el fin sea ilícito, esto es, que contradiga al orden social, como sería una asociación con fin contrario a la moralidad pública, a la vida económica de la nación, al orden jurídico y político del Estado".

Que la franc-masonería sea contraria a la moral de la cristiandad, y, por lo tanto, fundamentalmente contraria a nuestro orden público es cuestión irrefutable, como paso a demostrarlo.

La moral occidental o del cristianismo puede analizarse, para este efecto, desde dos puntos de vista: el uno católico u ortodoxo, el otro sociológico o positivo. Voy a tratarlos en dos ordinales sucesivos:

1.—Para quien se coloque desde el punto de vista ortodoxo, la inmoralidad de la masonería es cuestión de canon, repetido por los Sumos Pontífices a través de los siglos: Clemente XII (in eminenti — 1738); Benedicto XIV (providas); Pío VII (ecclesiam); Pío IX (qui pluribus) y León XIII en (humanus genus). A este respecto es, finalmente, terminante el canon 2335 del Código vigente que obliga a la catolicidad, que dice: "Los que dan el nombre a la secta masónica o a otras instituciones del mismo género, que maquinan contra la Iglesia o contra las legítimas potestades civiles, contraen por el mismo hecho excomunión simplemente reservada a la Sede Apostólica".

No he podido columbrar la manera como los señores magistrados católicos y el señor Procurador General de la Nación se hayan ingeniado para encontrar a la masonería como una institución ajustada a la moral del cristianismo. Si no la hubiesen encontrado así no habrían tenido otro camino que declarar que una ley que permite obtener personería jurídica a una institución contraria a esa moral es inexequible de acuerdo con el art. 20 de la Constitución vigente que exige, para la obtención de la personería, que no se contraríe la moral del cristianismo, ni el orden legal.

2º—Dejando el punto de vista católico u ortodoxo y situándonos exclusivamente en el sociológico o positivo, nos basta recordar para la demostración que intentamos, que nuestro estado social y más especialmente nuestro orden público y nuestro orden legal, descansan sobre tres columnas fundamentales, que son: la moral occidental o moral cristiana, la propiedad privada, y la libertad contractual, con las limitaciones, éstas, del derecho social.

El profesor positivista Georges Ripert, considerado hoy como el primer jurisconsulto de Francia, en la parte de sus conferencias relativas a la noción de orden público, nos dice lo siguiente: "El respeto de las reglas morales hace parte del respeto al orden público, ya que en la organización de una sociedad entra necesariamente el respeto de los preceptos morales fundamentales. Hay un conjunto de principios generales, morales, políticos, económicos, que están en la base de la organización de un país. Cuando se atenta contra uno de estos principios, es pertinente la anulación de los actos que los contradigan, porque así se defiende la concepción social del derecho. Un gran país no mantiene y defiende su civilización sino cuando él tiene una concepción firme del orden público que se ha formado de la comunidad de ideas morales. Un país no puede mantener y defender su concepción de libertad más que cuando él posee jueces lo suficientemente independientes en sus ideas políticas para hacer respetar esas reglas morales".

No pueden ser ni más claras, ni más vivas, ni más impresionantes, ni más ajustadas a nuestro caso, las palabras del profesor Ripert. La fortuna de haber sido personalmente su discípulo es uno de mis más altos honores que complemento con el deber de hacer oír su voz ante nuestro más alto tribunal de justicia, desgraciadamente en un sentido de protesta.

La francmasonería conspira contra la moral cristiana o moral de la civilización occidental, ya que es una institución cuyo fin conocido y difundido es el de la lucha contra la cristiandad. Pero no es esto solamente. Otro de los objetivos primordiales de la francmasonería es su lucha contra el concepto de patria, al que reputan contrario a la noción universalista de la humanidad, que es uno de sus puntos normativos.

Todos los defensores actuales del concepto de patria y nacionalidad persiguen como punto primordial de sus programas la prohibición y extinción total de la masonería.

Oigamos a este respecto, la declaración hecha por Benito Mussolini, quien es, sin lugar a duda, la más alta figura política del mundo actual, al defender ante el Senado de Italia, el 20 de noviembre de 1925, el proyecto de ley sobre las sociedades secretas:

"El fascismo ha comprometido sus batallas gradualmente: primero destruyó el bolchevismo; en seguida atacó a la masonería; en fin, ha afrontado al régimen liberal".

Solamente en Colombia encuentra clima favorable todo aquello que conspira contra los principios primordiales de moral y propiedad, y contra la patria. Si los altos tribunales como la H. Corte, no emprenden la defensa agresiva de las instituciones, ¿de quién puede esperarse esa defensa? Aquí cabe el lamento bíblico "Si la sal se corrompe, con qué se salará?".

Otro de los graves reparos que debo hacer a la sentencia de la H. Corte es que en dicha pieza se abandonó el significado real del hecho social para buscar fugas y subterfugios que no condujeran a él.

La jurisprudencia moderna se caracteriza por su afán de penetrar en las fuentes reales del derecho, por llegar hasta el hecho social, considerando que la ley no es más que la forma y que dentro de esa forma hay un contenido que es la substancia del derecho, formado por los aportes reales que producen el hecho social mismo.

En el presente caso, el hecho social a donde ha debido descender la H. Corte, no es otro que el robustecimiento que, por concepto de la ley expedida, alcanzarán las instituciones masónicas en Colombia, porque una vez que ellas obtengan su personería jurídica, podrán adquirir toda clase de bienes, hacerse representar ante los tribunales, mejorar su economía, entrar a suceder, y en fin, perpetuarse y crecer en nuestro país para proseguir, con toda eficacia, su lucha contra la moral cristiana y contra la patria.

La sentencia se limitó a analizar la mera autorización legal para la obtención de la personería, sin descender al análisis de los efectos que traerá consigo tal autorización. El fallador se ha quedado en la superficie, se ha quedado en el parágrafo y el inciso, a estas horas en que la escuela científica del derecho restaurada por Francisco Geny, celebra su cincuentenario.

Dejo así compendiadas las razones en que fundamento mi disenso en relación con la constitucionalidad de la ley 62 de 1935 "por la cual se concede personería jurídica a las sociedades masónicas".

Estas palabras mías deben ser oídas como un brote de sinceridad, para que estén a la altura de la H. Corte Suprema, que es el más alto y el más ilustre de los tribunales de Colombia.

Rodrigo Jiménez Mejía

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DR. JOSE ANTONIO MONTALVO

Cumplo con la obligación legal y de reglamento de expresar los motivos que tengo para apartarme de la decisión adoptada por la mayoría de la Corte al abstenerse de declarar inexequible la ley 62 de 1935 "por la cual se concede la personería jurídica a las sociedades masónicas".

En rigor sobra este salvamento puesto que los emitidos por mis ilustres compañeros de minoría dilucidan la materia con grande acopio de doctrina.

LA LEY ACUSADA ES INEXEQUIBLE ANTE LA CONSTITUCION DE 1886.

La ley 62 de 1935, acusada como inexequible, se dictó un año antes de la reforma constitucional de 1936.

Podría pensarse que el problema de la inexequibilidad de aquella ley haya que estudiarlo únicamente a la luz de la reforma de 1936, y así lo sostiene la sentencia acogida por mis respetados colegas de mayoría.

Adelante diré las razones que me asisten para considerar inexequible la ley acusada, aun confrontándola solamente con dicho Acto Legislativo reformatorio de la Constitución. Pero quiero antes exponer una tesis que he tenido el honor de aducir no sólo en este sino en casos precedentes, a saber: que la sentencia de inexequibilidad de una ley es preciso estudiarla teniendo en cuenta las disposiciones constitucionales vigentes cuando se expidió la ley tildada como inexequible.

Una ley es inconstitucional cuando el legislador la ha dictado sin facultad para ello, saliéndose de la órbita de sus funciones o sobre materia que no le incumbe, en una palabra, la inexequibilidad de la ley implica necesariamente el famoso "exceso de poder" por parte del legislador. Ahora bien: no puede saberse si al expedir aquella ley ha excedido o no sus poderes el legislador, si no es consultando la Carta Fundamental vigente cuando aquél obraba, luego a la luz de ella debe analizarse la disposición acusada, para saber si es o no inexequible. Lo contrario sería aceptar que por medio de leyes puede producirse prácticamente una reforma constitucional antes de que el poder constituyente haya modificado la Carta.

La Constitución de 1886 es suficientemente explícita en la materia sobre que versa la ley 62 de 1935.

El artículo 38 reconoce que la Religión Católica, Apostólica, Romana es la de la Nación, y ordena que los poderes públicos la protejan y la hagan respetar como esencial elemento del orden social.

El artículo 47 permite formar compañías o asociaciones públicas o privadas que no sean contrarias a la moralidad o al orden legal.

Y el artículo 49 dispone que "las corporaciones legítimas y públicas tienen dere-

cho a ser reconocidas como personas jurídicas".

De estos textos constitucionales se deduce:

a) Que las corporaciones que no sean legítimas y públicas carecen de derecho a la personería jurídica;

b) Que por consiguiente las sociedades masónicas, entidades esencialmente secretas (es decir lo opuesto a legítimas y públicas) no pueden aspirar a ser reconocidas como personas jurídicas;

c) Que prohibiendo la Religión Católica, como prohibe, las sociedades secretas, por ser contrarias a la moralidad y tradicionales enemigas de la misma religión, los poderes públicos de Colombia, en su deber de dar protección a la Religión Católica, tienen que ir en contra de las sociedades secretas o, cuando menos, están en la imposibilidad de otorgarles un estado de derecho, cual es el reconocimiento de personería.

LA LEY ACUSADA ES INEXEQUIBLE ANTE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1936

Pero aun prescindiendo de estudiar la ley acusada a la luz de las normas constitucionales de 1886 y ciñéndose uno al Estatuto de 1936, siempre resulta inexequible aquella ley, como pasa a verse.

Hay un principio de orden público, tradicional y universalmente aceptado, a saber: el derecho de asociación se garantiza por medio del reconocimiento que el gobierno hace expresa y oficialmente de las sociedades; y para otorgar dicho reconocimiento (incorporación se ha llamado en derecho colombiano), el Gobierno examina los estatutos de ellas y les imparte su aprobación en cuanto nada contenga contrario a la moral y al orden jurídico.

Corolario de ese principio es que las sociedades contrarias a la moral o al orden público no están permitidas y que el Gobierno no puede, por consiguiente, reconocerlos personería.

De conformidad con esta doctrina, consagrada por las legislaciones y practicada por los gobiernos, hay una imposibilidad jurídica para otorgar personería a las sociedades secretas, por cuanto ellas no pueden presentar al estudio y aprobación del Gobierno sus verdaderos estatutos, pues si los presentaran dejarían de ser secretas. Y si presentan unos estatutos ad hoc y no correspondientes a ellas, obtendrían por engaño el parecer del Gobierno.

El artículo 47 de la Constitución de 1886 dice:

"Es permitido formar compañías o asociaciones públicas o privadas que no sean contrarias a la moralidad o al orden legal".

El artículo 20 del Acto Legislativo de 1936 dice:

"Es permitido formar compañías, asociaciones y fundaciones que no sean contrarias a la moral o al orden legal".

En uno y otro texto la expresión orden legal equivale a orden jurídico.

Como se ve, la Constitución de 1886 y la de 1936 coinciden sustancialmente en este punto, pues la reforma de 1936 repitió el mismo principio formulado en 1886, suprimiendo apenas la locución "públicas o privadas".

No sería razonable interpretar el texto de la reforma en el sentido de que en adelante ya no podrán formarse asociaciones públicas ni privadas.

Y sería absurdo interpretarlo en el sentido de que sólo podrán establecerse sociedades secretas, como contrapuestas a las públicas y a las privadas.

De donde se infiere que el constituyente de 1936 dejó intacto, tal vez sin proponerse tal finalidad, el artículo 47 de la Carta de 1886.

Tampoco es sostenible que bajo el imperio de la reforma de 1936 podrán funcionar lo mismo las asociaciones públicas y privadas y las sociedades secretas, porque si la reforma constitucional sólo permite "formar compañías, asociaciones y fundaciones que no sean contrarias a la moral o al orden legal", las sociedades secretas quedan excluídas, puesto que dado el carácter de tales, el poder público está en incapacidad de decir si son o no contrarias a la moral y al orden jurídico.

Las sociedades masónicas son, por su naturaleza, secretas; y si fingieran lo contrario con el fin de obtener personería, el Poder Público, al reconocérsela, se engañaría a sí mismo de manera consciente.

Verdad que en Colombia no es un secreto la existencia de las logias masónicas; pero sí es secreto lo que en ellas ocurre y el objeto mismo de su existencia y de las cosas en que se ocupan.

El hecho mismo de haberse dictado la ley 62 de 1935 que las pone en capacidad de solicitar personería jurídica indica que no son simples asociaciones públicas o privadas, que si lo fuesen no se hubiera requerido la expedición de una ley especial tendiente a modificar el principio de que no

puede reconocerse como asociación legítima a aquella que atenta contra la moral y el orden o que por secreta no se sabe si atente contra ellos.

LA LEY ACUSADA NO ES JURIDICAMENTE INOCUA

Hace notar la sentencia aprobada por mayoría cómo el primitivo proyecto de ley otorgaba de plano personería jurídica a las sociedades masónicas, y cómo se transformó tal proyecto hasta el punto de que la ley tal cual se expidió es tan sólo una "disposición limitada a declarar que esa personería es obtenible por las asociaciones masónicas en la misma forma y, sometiéndose a las mismas exigencias que, para gestionar con igual fin y conseguirlo, han de proceder otras asociaciones o compañías según las leyes y decretos pertinentes". De donde concluye que un fogoso proyecto vino a convertirse en "una ley innecesaria" o, tradazco yo, en una ley inocua.

En mi concepto no lo es ante el Derecho: entre el principio tradicional que priva a las sociedades secretas de la aspiración a solicitar personería jurídica, y el intento de ley que les daba de plano tal personería, existe un término medio que es cabalmente el adoptado por la ley 62 acusada: al darles esta ley a las sociedades masónicas no todavía la personería jurídica pero sí la habilidad para pedirla, quiso derogar los preceptos constitucionales de 1886 y la doctrina y la práctica generalmente imperantes al respecto.

Quiero anotar, de paso, que en el primitivo proyecto se otorgaba personería a las sociedades masónicas "domiciliadas en Colombia". La supresión de estas palabras en el texto definitivo de la ley permite pensar en otro motivo de inexequibilidad a la faz del artículo 6º del Acto Legislativo de 1936.

Todo lo anterior puede decirse dentro del campo estrictamente jurídico; que si en el religioso y el filosófico se plantease la cuestión, no vacilaría por mi parte, en afirmar que las sociedades masónicas son contrarias a la moral y al orden jurídico.

La Religión Católica, es la del pueblo colombiano; ese hecho social lo reconoce y declara el artículo 38 de la Constitución de 1886; y si la reforma de 1936 derogó tal artículo, al hacerlo así no pudo destruír con ello la evidencia de aquel hecho palmario.

La moral católica, profesada por la nación colombiana, condena las sociedades masónicas como contrarias a ella. En el salvamento de voto de mi distinguido colega doctor Rodrigo Jiménez Mejía se citan los documentos pontificios que condenan las sociedades masónicas y el artículo 2335 del Código de Derecho Eclesiástico, que es terminante sobre el particular.

Y la historia enseña que la secta masónica ha maquinado siempre en la política contra el orden jurídico existente, lo cual, dado el carácter secreto de la maquinación, le da al hecho especial gravedad.

No puede aceptarse, pues, el argumento expuesto por algunos de los señores magistrados que han votado favorablemente la sentencia, de que los masones son necios que amparan su insignificancia personal y social haciéndose miembros de las logias.

Y no se diga que el Estado carece de facultad para impedir que funcionen las sociedades secretas porque él no puede reprimir actos pertenecientes sólo al fuero interno, como los pensamientos y las meras intenciones, por perversos que se los suponga; y que mientras una sociedad secreta no actúe en forma visible deba el Estado mantenerse apenas en expectativa respecto de ella.

Que la asociación atentatoria del orden debe ser reprimida aun antes de que ejecute determinados hechos delictuosos o perjudiciales, podría demostrarse con la simple consideración de que las leyes penales de todos los países suelen erigir en delito la mera conjuración para delinquir, la simple conspiración contra el orden establecido, y esto aun sin que se alcance a consumar ni siquiera a poner por obra el plan delictuoso. Los delitos llamados formales, se castigan no tomando en cuenta el resultado efectivo de ellos sino apenas el daño potencial.

RESUMIENDO:

Además del aspecto religioso y moral del asunto es innegable que sólo deben tener vida jurídica las asociaciones que no vayan contra el orden público; que para pronunciarse sobre este punto tiene el gobierno que conocer y aprobar los estatutos de la sociedad que aspira a ser reconocida como persona jurídica; que las sociedades secretas, puesto que lo son, no pueden dar a conocer sus verdaderos estatutos; que si los dieran a estudiar y los sometieran a la aprobación del gobierno, dejarían de ser secretos; que las sociedades masónicas son de suyo, o sea esencialmente secretas; y que, por consiguiente, las sociedades masónicas no pueden pedir ni obtener personería jurídica puesto que aun suponiendo derogados los

principios constitucionales en materia religiosa no lo ha sido el referente a la prohibición de que existan asociaciones contrarias al orden jurídico o público. Y las sociedades masónicas son contrarias a él o, en la hipótesis más favorable, no es posible saber si son contrarias al orden, porque su naturaleza de secretas impide conocer a ciencia cierta su índole, su finalidad y sus verdaderos estatutos.

De donde se concluye: la Ley 62 de 1935, al disponer que "las sociedades masónicas podrán obtener del Gobierno personería jurídica de acuerdo con la ley y decreto que reglamentan la materia", viola los artículos 38, 47 y 49 de la Constitución de 1886 y el artículo 2º del Acto Legislativo de 1936 (que figura en la edición oficial como artículo 44 de la Constitución) puesto que otorga derecho a obtener personería jurídica a asociaciones y fundaciones contrarias a la moral y al orden legal o que, por su carácter de secretas, pueden serlo.

José Antonio Montalvo

LOGIAS MASONICAS

1.—Si la ley 62 de 1935 fuera a mirarse a la luz de la carta de 1886, bastaría leer los dos mencionados preceptos de ésta, 38 y 49, para afirmar su inconstitucionalidad, porque la masonería ha sido condenada por la Iglesia como secta secreta contraria a la religión católica.—2.—Derogados por la enmienda número 1 de 1936 los artículos 38 y 49 del estatuto de 1886, importa resolver el problema frente a los principios de la carta su vigencia, no porque toda cuestión de inconstitucionalidad haya de estudiarse prescindiendo de las normas que regían cuando fueron expedidos los actos acusados, pues eso alteraría graves reglas de orden institucional, sino porque hallándonos esta vez con una ley autorizante, no ejecutada aún, de sólo proyecciones hacia lo futuro, el caso ofrece caracteres de convivencia más bien que de absoluta nulidad.—3.—La enmienda constitucional de 1936 dice en su artículo 20 que es permitido formar compañías, asociaciones y fundaciones no contrarias a la moral o al orden legal.—4.—Al decir la ley de 1935 que las logias masónicas pueden obtener personalidad jurídica, definió a tales sociedades como acordes con la moral y con el orden legal. Pero el congreso no tiene potestad para decidir que determinada índole de entidades se ajusta a la moral ni tampoco la tiene para hacer igual declaración respecto de cuanto deba juzgarse como violador del orden jurídico. Ni las buenas costumbres ni la ordenación jurídica emanan del congreso. Las ideas morales existen y obran con independencia del legislador y aun del constituyente. Existe una altísima doctrina, aceptada por la nación colombiana, digan lo que dijeren las cámaras. Las buenas costumbres están estrechamente unidas al orden público. Normas de éste son las que haciendo parte del derecho público se relacionan con el estado civil, el matrimonio, la patria potestad, la educación cristiana, el respeto a la autoridad, etc., etc. Muchas veces el orden público se confunde con el interés de la comunidad.—5.—En un país como Colombia, la religión católica continúa siendo esencial elemento del orden social, no obstante haber sido derogado por los constituyentes de 1936 el principio de 1886 que hacía tal consagración.

SALVAMENTO DE VOTO

del magistrado Moreno Jaramillo

Si la ley 62 de 1935, sobre reconocimiento de la personalidad jurídica de las logias masónicas, fuera a estudiarse frente a la constitución expedida en 1886, no se requeriría ningún razonamiento para concluir que es inconstitucional, por cuanto viola los artículos 38 y 49 de esa carta, el primero de los cuales ordena a los poderes públicos proteger y hacer respetar la religión católica como esencial elemento del orden social, y el segundo de los cuales dispone que las corporaciones legítimas y públicas tienen derecho a ser reconocidas como personas jurídicas.

Digo que si esa ley fuera a mirarse a la luz de la carta de 1886, bastaría leer los dos mencionados preceptos de ésta, 38 y 49, para afirmar su inconstitucionalidad, porque la masonería ha sido condenada por la iglesia como secta secreta contraria a la religión católica.

Valiéndome de una admirable exposición sobre la masonería, hecha el 15 de diciembre de 1932 por el señor Perdomo, arzobispo primado de Colombia, consigno estos datos:

Clemente XII, por medio de su constitución In eminenti, de 1738, condena las sociedades, reuniones, asociaciones, juntas o asambleas llamadas Liberi Muratori o Masones o con cualquiera otro nombre. Las declara perniciosas para la seguridad de los Estados y para la salvación de las almas y fulmina excomunión latae sententiae contra sus afiliados.

Benedicto XIV, en su constitución Providas, dada en 1751, ratifica la constitución In eminenti y las penas en ella establecidas.

Las anteriores disposiciones pontificias fueron ratificadas y confirmadas por Pío VII, en la constitución Ecclesiam (1821).

Con igual energía que sus predecesores se expresan: León XII en la constitución Quo graviora (1825); Pío VIII en la encíclica Traditis (1829), y Gregorio XVI en la encíclica Mirari (1832).

Pío IX anatematiza y condena la masonería en estos documentos: Encíclica Qui pluribus (1846); Alocución Quibus quantisque (1849); Encíclicas Nostis et nobiscum y Quanta cura (1849 y 1864); Alocución Multiplices inter (1865); Constitución Apostolicae Sedis (1869); Cartas Quamquam y Exortae (1873 y 1876).

En la constitución Apostolicae Sedis se expresa así Pío IX: "Declaramos que incurren en excomunión latae sententiae, reservada al Romano Pontífice, los que se inscriban en la secta masónica, en la carbonaria o en otras sectas del mismo género que pública o clandestinamente maquinan contra

la iglesia o contra las legítimas autoridades; los que de cualquier manera favorecen a dichas sociedades; y los que no denuncien a sus jefes y directores ocultos, hasta tanto que los hayan denunciado".

A Pío IX siguió León XIII, cuya encíclica Humanum genus es inagotable arsenal de doctrina contra los errores religiosos de la masonería.

Dijo el Concilio Plenario de la América Latina: "En muchos de nuestros países las maquinaciones y engaños de los impíos tienden a hacer vanos los saludables decretos y mandatos apostólicos contra la peste de las sociedades secretas, bajo el mentido pretexto, varias veces condenado por Pío IX y León XIII, de que la índole de la secta masónica no es la misma en todas las naciones. En efecto, dicen que la misma que en unas partes es peligrosa y digna de proscribirse, en otras es inocente y honrada, porque, según afirman, son diversos sus dogmas, sus fines y sus obras. Necesario es, pues, que los pastores de almas procuren con el mayor ahínco que tan pernicioso error y pretensión tan audaz, excogitados por el padre de la mentira para engañar a los incautos, sean eliminados por completo. Tal es la naturaleza y gravedad de la materia misma, y tal el tenor de las constituciones apostólicas, que no es posible dudar que los citados pontífices hayan querido obligar con ellas a todos y cada uno de los fieles, sin diferencia de lugares, tiempos, naciones o ritos".

Pío X, al atribuir a la secta masónica la persecución religiosa que se había desencadenado en Portugal (Alocución en el Consistorio de 27 de noviembre de 1911), puso de relieve que la masonería es uno de los peores enemigos de Dios y de la Iglesia y que su principal intento es oprimir al catolicismo.

En la legislación de la iglesia se halla el canon 2335, que dice así: "Los que dan el nombre a la secta masónica o a otras asociaciones del mismo género, que maquinan contra la iglesia o contra las legítimas potestades civiles, contraen por el mismo hecho excomunión simplemente reservada a la Sede Apostólica".

Pero derogados por la enmienda número 1 de 1936 los artículos 38 y 49 del estatuto de 1886, importa resolver el problema frente a los principios de la carta en vigencia, no porque toda cuestión de inconstitucionalidad haya de estudiarse prescindiendo de las normas que regían cuando fueron expedidos los actos acusados, pues eso alteraría graves reglas de orden institucional, sino porque hallándonos esta vez con una ley autorizante, no ejecutada aún, de sólo proyecciones hacia lo futuro, el caso ofrece caracteres de convivencia más bien que de absoluta nulidad.

La enmienda constitucional de 1936 dice en su artículo 20:

"Es permitido formar compañías, asociaciones y fundaciones que no sean contrarias a la moral o al orden legal. Las asociaciones y fundaciones pueden obtener su reconocimiento como personas jurídicas".

Al decir la ley de 1935 que las logias masónicas pueden obtener personalidad jurídica, definió a tales asociaciones como acordes con la moral y con el orden legal. Pero el congreso no tiene potestad para decidir que determinada índole de entidades se ajusta a la moral ni tampoco la tiene para hacer igual declaración respecto de cuanto deba juzgarse como violador del orden jurídico. Ni las buenas costumbres ni la ordenación jurídica emanan del congreso. Las ideas morales existen y obran con independencia del legislador y aun del constituyente. Existe una altísima doctrina, aceptada por la nación colombiana, digan lo que dijeren las cámaras. Las buenas costumbres están estrechamente unidas al orden público. Normas de éste son las que haciendo parte del derecho público se relacionan con el estado civil, el matrimonio, la patria potestad, la educación cristiana, el respeto a la autoridad, etc.,etc. Muchas veces el orden público se confunde con el interés de la comunidad.

En un país como Colombia, la religión católica continúa siendo esencial elemento del orden social, no obstante haber sido derogado por los constituyentes de 1936 el principio de 1886 que hacía tal consagración.

Por eso dentro de la moral y dentro del orden exigidos por el artículo 20 de la enmienda de 1936, actúan las instituciones católicas.

Hay en nuestra patria un antecedente de enorme fuerza para todo colombiano: Simón Bolívar prohibió las asociaciones o confraternidades secretas, por decreto del 8 de diciembre de 1828, fundado en que esas sociedades "sirven para preparar los trastornos políticos, turbando la tranquilidad pública y el orden establecido".

Los pontífices, verdaderos maestros de moral, han declarado que la masonería es contraria a las buenas costumbres y al orden público. Yo acato su voz.

Bogotá, marzo 13 de 1937.

Miguel Moreno J.

SALVAMENTO DE VOTO

del Magistrado doctor Eleuterio Serna R.

Respetando en alto grado la opinión de mis honorables colegas que sostienen la exequibilidad de la Ley 62 de 1935, me aparto de la conclusión a que ellos llegaron en el fallo, por las razones que expondré en seguida.

El proyecto primitivo reconocía la personería a las sociedades masónicas, domiciliadas en Colombia; pero este proyecto fue sustituído por el siguiente artículo único, que constituye la preciada ley: "Las sociedades masónicas podrán obtener del Gobierno personería jurídica de acuerdo con la ley y el decreto que reglamentan la materia". Tal sustitución se hizo en virtud, sin duda, de estos conceptos de la Comisión del Senado: "En tratándose de las sociedades masónicas, que son instituciones netamente privadas, no ve la Comisión la necesidad ni la conveniencia de que se dicte para ellas una disposición de privilegio. Para salvar la duda que pudiera presentarse, y con el objeto de aclarar el precepto constitucional, somos de parecer que en lugar de darles a las sociedades masónicas, domiciliadas en Colombia, el carácter de personas jurídicas, es conveniente modificar el artículo único del proyecto, cambiándolo por una fórmula que a la vez que dé a las sociedades masónicas el derecho de adquirir su personería jurídica, no se les coloque en una situación de privilegio....."

El artículo 49 de la Constitución de 1886 era la valla para el reconocimiento de la personería a estas sociedades, que históricamente han venido considerándose como secretas, carácter que reconocían en ellas los constituyentes del prenombrado año. Pero sucede que el tal artículo constitucional fue derogado expresamente por el artículo 34 del Acto Legislativo número 1 de 1936, de suerte que la Ley acusada no debe estudiarse a la luz del texto derogado, sino en frente de los textos vigentes de la Carta fundamental. Ello no significa que sostenga yo la tesis de que la inexequibilidad equivalga a una derogatoria de la ley. Mi tesis al respecto es intermedia: cuando la ley acusada lesiona derechos que hacen parte integrante del patrimonio particular, la inexequibilidad se asemeja a las nulidades civiles, a efecto de que las cosas vuelvan al estado que antes tenían. En los demás casos, la regla general es que la inconstitucionalidad dura mientras la ley acusada esté en vigor o interin subsista el texto constitucional que ella ataca. Mas, cuando el artículo constitucional, objeto de la pugna, se deroga o se reforma, es necesario estudiar la demanda, bien ante otras disposiciones del Código fundamental, o en presencia de las nuevas reformas, como lo prescribe la Ley 96 de 1936.

Conforme al artículo 634 del Código Civil, para que una corporación pudiera considerarse como persona jurídica, se necesitaba una ley; pero la Constitución de 1886, en sus artículos 47 y 49, estableció otros principios más acordes con el derecho de asociación. El artículo 20 del Acto Legislativo número 1º de 1936 modificó los incisos 1º y 3º del citado artículo 47. Dice así dicho artículo 20 (el 44 de la edición oficial de la Constitución vigente): "Es permitido formar compañías, asociaciones y fundaciones, que no sean contrarias a la moral o al orden legal. Las asociaciones y fundaciones pueden obtener su reconocimiento como personas jurídicas".

Como el ejercicio del derecho de asociación, puede en el hecho, ofender intereses de la comunidad, la Constitución en el artículo transcrito permite ejercitar dicho derecho dentro del límite de la moral cristiana y el orden legal, que no es otra cosa que el orden jurídico establecido.

Imperante el artículo 47 de la Constitución de 1886 las sociedades secretas eran toleradas. Su situación la describe así el autorizado comentador José María Samper: "Contenía primitivamente el texto una expresión que envolvía la explícita prohibición de las sociedades secretas. Pero hubo ciertas debilidades de contemporización con la fracmasonería, y en una sesión del mes de mayo se introdujo una modificación que reconocía en cierto modo la legalidad de las sociedades secretas, bien que las sometía a la vigilancia de las autoridades". El autor de este comentario combatió aquella contemporización, sosteniendo de lleno que todas las sociedades secretas debían ser prohibidas, y con pleno conocimiento de causa puso de manifiesto los males que de ellas se derivan y lo inadmisible de su existencia misma, conforme a los principios del Derecho Público. Pero prevaleció una mayoría contraria, que quiso descartarse de resolver el punto, y lo dejó a la ley".

Bajo el imperio del artículo 20 del Acto Legislativo número 1º de 1936 también se tolera la existencia de las sociedades secretas, pues su carácter dificulta la labor de

resolver si van o nó contra la moral o el orden jurídico. En cuanto a la personalidad jurídica, la Constitución de 1886, en su artículo 49, era muy explícita. Las asociaciones, para poder obtener personería, debían formarse de tal manera que sus estatutos pudieran, en cualquier momento, ser conocidos por la autoridad, la cual no podía patrocinar y tolerar asociaciones cuyas finalidades se desconociesen. Era este artículo un corolario lógico del artículo 47 que sólo permitía el ejercicio del derecho de asociación dentro de la moral y el orden legal.

"Sería — decía el doctor Samper — por todo término absurdo el que las sociedades o corporaciones secretas (que siempre son peligrosas para el Estado y contrarias al orden común) fuesen reconocidas como personas jurídicas, sin que por esto fueran conocidos los miembros componentes de aquellas corporaciones, ni sus bienes, derechos y acciones, ni sus actos secretamente ejecutados".

Derogado dicho artículo 47, sólo subsiste el 20 del ya citado Acto Legislativo. Este artículo, después de trazar normas para el ejercicio del derecho de asociación, agrega: "Las asociaciones y fundaciones pueden obtener su reconocimiento como personas jurídicas".

El Estado no crea las asociaciones, pero ellas sí le están sometidas, ya porque éstas lo necesitan para que les tutele sus derechos, ya porque el fin que ellas persiguen debe subordinarse al bien común.

Razones de orden moral y de orden público imponen al Estado el deber de examinar las asociaciones antes de concederles su personalidad, porque él no puede mirar con indiferencia que en su seno existan como sujetos de derecho corporaciones que atenten gravemente contra la moral y el bien general.

Esa prevención es un postulado de Derecho Público, porque si el Estado admite, en nombre de la libertad, la existencia de entidades cuyos fines le son desconocidos, para darles la protección requerida para que prosperen, es preciso que él se cerciore de la estructura íntima de aquéllas.

El artículo 20 no confiere la personalidad a las asociaciones sino que las capacita para obtenerla, si no son contrarias a la moral y al orden legal. Es un título para la concesión de la personalidad, pero no su fuente misma, pues la personalidad no se adquiere sino cuando la autoridad correspondiente decide si se reúnen, en un caso dado, las condiciones necesarias que la Constitución prescribe en esta materia.

El foco que proyecta la luz para conocer la estructura de la asociación, los derechos y deberes de los miembros, las finalidades que ella persigue, es el estatuto. Por eso, razonablemente, el artículo 636 del Código Civil y el Decreto ejecutivo reglamentario número 1326 de 1922, exigen para el reconocimiento de la personería que la autoridad examine los estatutos de las asociaciones y que conceptúe sobre si los fines y organización de ellas son conformes con la moral y el orden legal.

El artículo 20 del citado Acto Legislativo, después de establecer el derecho de asociación dentro de las reglas de la moral y el orden legal, agrega que "las asociaciones o fundaciones pueden obtener su reconocimiento como personas jurídicas".

Es una interpretación racional que este reconocimiento supone el que las asociaciones o fundaciones tengan fines manifiestos, pues si son secretas no es posible saber si se han formado dentro de las condiciones constitucionales. Una interpretación contraria llevaría al absurdo de considerar que el constituyente dio a las asociaciones la capacidad de obtener la personería, aunque ellas no demostraran estar conformes con la moral y el orden legal. Si ello fuera así, se conculcarían principios de Derecho Público que imponen al Estado el deber de velar por la conservación de la moralidad social y el orden jurídico.

Las sociedades secretas, mientras conserven su sigilo, escondan sus actuaciones y permanezcan herméticas ante el Poder social, no pueden obtener personería, porque esa capacidad no se la concede el texto constitucional interpretado racionalmente. Ante las sociedades secretas el legislador y la autoridad administrativa se hallan imposibilitados para saber si los fines de aquéllas, su organización, su estructura se conforman con la moral y el orden legal.

Es de Francisco Ferrara, en su importante obra "Teoría de las personas jurídicas", el siguiente concepto: "Por lo demás, la apreciación de la licitud del fin, se deja a la autoridad pública, que examinando los estatutos prestará o nó el reconocimiento. De lo cual resulta como supuesto que el fin de una corporación o institución debe ser manifiesto, por lo que no pueden aspirar a la personalidad jurídica las sociedades secretas, como las logias masónicas". (Pág. 374).

El texto de la Ley 62 acusada es del siguiente tenor: "Las sociedades masónicas podrán obtener del Gobierno personería jurídica, de acuerdo con la ley y decreto que reglamentan la materia". Si el sentido del

texto es que las sociedades masónicas, que exhiban sus verdaderos estatutos y hagan ostensibles sus verdaderos fines, y demuestren su moralidad y legalidad pueden obtener personería, la ley sería inútil, puesto que la Constitución, el artículo 636 del Código Civil y el Decreto que lo reglamenta, conceden tal derecho a las asociaciones que en tales circunstancias se encuentren. Así las cosas, ella no sería inexequible.

Pero lo contrario sucede, si el texto da tal derecho a las asociaciones, aunque escondan sus fines y exhiban estatutos que no correspondan a su real organización y actuación.

En ese caso, la ley párte del supuesto de que las sociedades secretas están de acuerdo con la moral y el orden legal, lo cual es abiertamente opuesto al artículo 20 del Acto Legislativo prenombrado, según la interpretación racional y lógica de él. Ahora bien: como la Ley 62 no hace distinciones, al intérprete no le es dado hacerlas. Por consiguiente, en su letra quedan comprendidas todas las sociedades masónicas, por ocultas, esotéricas y misteriosas que sean.

Cuando el legislador, ante una asociación de impenetrables secretos, declara que ella puede obtener la personería, viola el artículo 20 del Acto Legislativo, porque el espíritu de éste requiere el previo conocimiento de la licitud y legalidad de los fines de tales asociaciones.

Aunque es un hecho deslumbrante que las sociedades masónicas son secretas, no es quizá inoportuno el que yo haga algunas citas.

Dice Bidegain: "Los profanos están muy poco enterados de lo que es la masonería, pero la mayor parte de los 'hermanos' no lo están mucho más".

León XIII, en su Encíclica Humanum Genus, se expresa de este modo: "Los masones con grande habilidad, buscan subterfugios, tomando la máscara de literatos y sabios que se reúnen para fines científicos; hablan continuamente de su empeño por la civilización, de su amor a la ínfima clase del pueblo; dicen que su único deseo es mejorar la condición de los pueblos y comunicar a cuantos más puedan las ventajas de la sociedad civil. Aun otorgando benevolamente que tales intenciones sean sinceras, preciso es reconocer que no está en ellas la totalidad de sus propósitos".

Si la masonería fuera un conglomerado de ritos pintorescos y una organización de beneficencia, no se explicaría por qué naciones como Italia, Alemania y Portugal la han prohibido.

Los considerandos de la ley italiana son dignos de tomarse en cuenta. Dicen así: "Cualquier clase de sociedad oculta, aun si, por hipótesis, su fin es ética y jurídicamente lícito debe considerarse, por el hecho mismo de su carácter secreto, como incompatible con la soberanía del Estado y la igual libertad de los ciudadanos frente a la ley. La libertad política consiste en la facultad, que las leyes limitan para poder garantizar mejor ante todo el mundo, de hablar y obrar en público para la persecución de los fines que resulten o que se presuman útiles para la colectividad. El que pretende hablar y obrar en secreto, por ello mismo se sustrae a la libertad y viola una de sus premisas esenciales, que es la igualdad de todos los ciudadanos, ya que pretende en beneficio propio el privilegio de evitar el límite y las sanciones que impone el ejercicio de la libertad. En otras pálabras, se coloca fuera de la ley, y no puede a ella recurrir para ser defendido. De esto deriva que nada sería más tonto y absurdo, que ver en la prohibición por parte del Estado de toda forma de sociedad secreta, una violación cualquiera, o una restricción de las garantías constitucionales y de las libertades fundamentales. Y al contrario, el Estado moderno celebra su propia esencia de Estado constitucional y libre tanto más eficazmente, cuanto menos soporta y admite, en el ejercicio de los derechos reconocidos a todos los ciudadanos, la posibilidad del privilegio, del cual una de las formas más odiosas y moralmente repugnantes es justamente la pretensión de sustraerse al control de los demás".

Según el artículo 6º del Acto Legislativo que tanto se menciona en este salvamento (art. 12 de la codificación oficial), "la capacidad, el reconocimiento, y, en general, el régimen de las sociedades y demás personas jurídicas, se determinarán por la ley colombiana". Por medio de esta disposición se ha dejado a la ley campo libre para que decida si las personas jurídicas tienen nacionalidad o para que opte por la tesis contraria.

Cualquiera que sea la tesis que el Legislador adopte en esta materia, las sociedades masónicas, de procedencia extranjera, quedan comprendidas en los términos amplios y generales de la ley 62. Decía el doctor Julián Restrepo Hernández en su importante tratado sobre Derecho Internacional Privado, hablando de asociaciones extranjeras: "Las laicas sí han menester el reconocimiento, y si son corporaciones legítimas y públicas, tienen derecho a la incorporación".

Es evidente que las corporaciones, de origen extranjero, requieren en Colombia su

reconocimiento para que se consideren como personas jurídicas. Y como la ley 62 las comprende, quiere decir que ella, al darles capacidad para obtener la personería, en su carácter de secretas, parte del supuesto de que las considera acordes con la moralidad y el orden legal. Si una logia de esta clase pide su incorporación o reconocimiento, citará la ley y, presentando unos estatutos ad hoc, pondrá a la autoridad administrativa en el caso de concederle la personería. Con razón dice el magistrado doctor Montalvo: "....hay una imposibilidad jurídica para otorgar personería a las sociedades secretas, por cuanto ellas no pueden presentar al estudio y aprobación del Gobierno sus verdaderos estatutos, pues si los presentaran dejarían de ser secretas. Y si presentan unos estatutos ad hoc y no correspondientes a ellas, obtendrían por engaño el pareatis del Gobierno".

Estoy de acuerdo con la exégesis del señor magistrado doctor Moreno Jaramillo, cuando escribe: "Al decir la ley de 1935 que las logias masónicas pueden obtener personalidad jurídica, definió a tales sociedades como acordes con la moral y el orden legal". El artículo 20 del Acto Legislativo no puede autorizar ni una simulación para la obtención de la personería ni una presunción que no tiene base en la realidad, ya que las logias son poderes ocultos, cuyos fines no son manifiestos. Las consecuencias que de todo esto surgen son palpables, porque logias que en otros países no han obtenido su reconocimiento, por no demostrar su acuerdo con el orden público, se ampararían en nuestra patria detrás de la ley 62. Según las palabras de un gran maestre, "los masones dispersos por toda la tierra no constituyen más que una sola sociedad, iniciados todos ellos en los mismos secretos (generales), seguidores de un mismo camino, formados por la misma regla. Todos los hermanos profesan los mismos principios".

¿Es ello verdad?

Quizá sean mis honorables colegas, sostenedores de la exequibilidad, quienes tengan razón. Puedo estar equivocado.

Eleuterio Serna S.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR LIBORIO ESCALLON

Respetando profundamente la decisión de la Corte al declarar que no es inexequible la ley 62 de 1935 y subrayando la actitud del señor magistrado ponente, la cual se destaca por su discreción y delicadeza para no herir ningún sentimiento de los miembros de la Corte, lo cual en mi concepto consiguió, disentí tanto de la parte motiva como de la resolutiva de la sentencia, por las razones que consigno en este salvamento de voto.

Las sociedades masónicas no tenían antes la capacidad legal, para ser reconocidas como personas jurídicas. Esa capacidad se la dio la ley 62 de 1935, o sea la acusada y declarada exequible. El punto, a mi entender radica en la siguiente cuestión: ¿A la luz del Acto Legislativo número 1º de 1936, puede el Legislador concederles personería a las logias masónicas o habilitarlas para obtener del Gobierno dicha personería?

Para mí y por imperio de dicho acto legislativo la respuesta debe ser negativa.

El inciso final del artículo 13 del Acto Legislativo número 1º de 1936 establece que "el Gobierno podrá celebrar con la Santa Sede convenios sujetos a la posterior aprobación del Congreso para regular, sobre bases de recíproca deferencia y mutuo respeto, las relaciones entre el Estado y la Iglesia Católica".

Esta norma, en mi sentir en forma más o menos velada o ambigua, contiene el reconocimiento de un hecho social o sea que la Religión Católica es la profesada por casi la totalidad de los colombianos y que por lo tanto es de imperiosa y manifiesta necesidad la conservación de las relaciones entre las dos potestades, la civil y la eclesiástica. Si así no se interpreta tal norma, carecería ésta de finalidad y objeto, puesto que siendo considerada la Iglesia como persona del Derecho Internacional, no por voluntad ni declaración del Constituyente colombiano, sino por otros principios que escapan de la jurisdicción del Legislador, hubiera podido prescindirse de dicha norma sin que ello hubiera sido óbice para que el Presidente de la República en ejercicio de la facultad que le ha sido asignada por el artículo 34 del Acto Legislativo número 3 de 1910 hubiera podido celebrar convenios

con la Santa Sede, sometidos a la aprobación del Congreso, así como puede celebrar tratados y convenios con las demás potencias.

Preceptúa el artículo 20 del Acto Legislativo número 1º de 1936, que es permitido formar compañías, asociaciones y fundaciones que no sean contrarias a la moral o al orden legal. Dentro de este último concepto, a mi juicio, está comprendida la noción de orden público, porque el orden legal de un país debe reflejar la idiosincrasia de éste.

Uno de los factores que integran ese orden es el factor religioso, especialmente en países como el nuestro, en que predomina la unidad religiosa. Sería contra el orden público, contra el orden legal, toda norma dirigida a menoscabar, perturbar o desconocer el ejercicio o exteriorización del sentimiento religioso del pueblo colombiano y la libre actividad de la Iglesia Católica a este respecto.

Si pues el hecho social, sentimiento católico del pueblo colombiano, está expresamente reconocido por el Constituyente, artículo 13, inciso final, del Acto Legislativo número 1º de 1936, si todo lo que atente o menoscabe ese sentimiento pugna contra el orden legal, artículo 20 de dicho Acto y si es sabido que las sociedades masónicas, especialmente las de origen latino, atacan y combaten a la Iglesia Católica, y sus normas no son las de la moral cristiana, la cual tuvo en cuenta el Constituyente en el inciso 3º del citado artículo 13, mi conclusión ha sido la de inexequibilidad de la ley 62 de 1935 por ser contraria, en mi opinión a los artículos 13 y 20 del Acto Legislativo número 1º de 1936.

La sentencia de la Corte es lógica desde el punto de vista en que enfocó la cuestión, o sea en cuanto considera que la ley acusada no es una orden de conceder a todo trance la personería jurídica de las sociedades masónicas, ni menos un reconocimiento previamente pronunciado de esa personería, sino tan sólo una disposición limitada a declarar que esa personería es obtenible sometiéndose a las mismas exigencias que, para gestionar con igual fin y conseguirlo, han de proceder otras asociaciones o compañías según las leyes y decretos pertinentes. Mas yo me he situado y considerado las cosas desde otro punto de vista muy diferente, a saber: si las asociaciones masónicas, y ante la luz de los artículos del Acto Legislativo número 1º de 1936, son o no, in radice, aptas o capaces para obtener el reconocimiento de la personería jurídica. Para mí el próblema ha sido el de la capacidad o incapacidad de tales asociaciones, para actuar como personas jurídicas, por el reconocimiento que de ellas haga el Gobierno y he creído que carecen de tal capacidad, por las razones ya expresadas.

Existe un hecho social colombiano que no requiere prueba porque es evidente y que se impone a todas las mentes, cualesquiera que sean las orientaciones de éstas, a saber: el hecho religioso manifestado dentro de las enseñanzas de la Iglesia Católica. Existe también otro hecho que no puede desconocerse, a saber: las asociaciones masónicas combaten a la Iglesia y son adversarias de ésta. Enfrentados estos dos extremos, el hecho social religioso, por lo que ya expresé, debe primar sobre todo hecho que lo menos cabe o lesione, puesto que, en mi concepto, los artículos 13 y 20 del Acto Legislativo citado, trascienden al hecho social religioso y lo amparan y garantizan.

Bogotá, marzo dieciséis de mil novecientos treinta y siete.

Liborio Escallón

SALA DE CASACION EN LO CIVIL

ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS

Libre estipulación.—Peso oro. Billetes representativos de oro. Convertibilidad a la vista de los billetes del Banco de la República.—Sentido de la locución "moneda corriente". — Decreto sobre suspensión temporal del libre comercio de oro.—Doctrinas de los tratadistas sobre validez jurídica de la cláusula "pagable en oro". Billetes de Banco, papel moneda, moneda de papel, curso legal, curso forzoso.—Carácter de orden público de las disposiciones relativas a inconvertibilidad.—El acreedor soporta la pérdida representada por la depreciación de la moneda. Fallo de la Corte, en Sala Plena, sobre este último punto.

(Véase casación de trece de noviembre de mil novecientos treinta y seis.—G. J., números 1918 y 1919, pág. 633).

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil. Bogotá, abril veintiocho de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

En sentencia de trece de noviembre último, esta Corporación casó la del Tribunal Superior de Bogotá, que había decidido en segunda instancia el juicio ordinario seguido en la primera en el Juzgado 7º de este Circuito por el señor Bjarne Hofseth contra la Compañía de Cementos Portland Diamante S. A., ambos de esta vecindad; y no se pronunció entonces el fallo que reemplazara el recurrido, por faltar a la sazón los elementos para cuya obtención anunció en aquel fallo, y dictó en su oportunidad, auto para mejor proveer, cumplido el cual debe dictarse la aludida sentencia de instancia, a que aquí se procede.

Descuento hecho de lo que requerían los aludidos datos traídos mediante el auto para mejor proveer, relativos a la especie de moneda en que ha de decretarse el pago, todos los puntos del debate quedaron estudiados en el citado fallo de trece de noviembre, sin embargo de lo cual habrán de tratarse aquí, así sea resumiendo lo allá expuesto, a fin de llenar para con la presente sentencia la obligación de motivarlas todas que al juzgador impone el C. J. en su art. 470.

Quienes hoy son litigantes celebraron el contrato relatado en el documento privado que suscribieron en junio de 1932, así: la Compañía, en Bogotá el día 14, y Hofseth, en Apulo el día 18.

Versa ese contrato sobre los servicios de Hofseth allí especificados y sobre su remuneración, vacaciones y demás estipulaciones generalmente atendidas en contratos de esta clase, de las cuales las pertinentes al presente pleito, son: la 1ª, que fija como sueldo la cantidad mensual de $ 275; la 4ª y la 5ª, que conceden vacaciones a Hofseth, respectivamente, así: quince días cada año con sueldo completo, y cuatro meses por cuatro años de servicio con medio sueldo y viáticos; la 6ª, que sanciona el despido de Hofseth por la compañía antes de venderse el primer año de servicio con el pago de $ 500 para viáticos y un sobresueldo por todo el tiempo anterior de servicio, a razón de $ 75 el mes, y la 11ª, que, advirtiendo que el contrato es de duración indefinida, autoriza a cada parte para hacerlo cesar noticiando a la otra con noventa días de anticipación.

La cláusula 12 toma como fecha inicial de los servicios el quince (15) de abril de 1932 para el solo efecto de las vacaciones.

Los varios pagos antedichos los pacta el documento en "oro colombiano de peso y ley actuales o su equivalente en moneda corriente".

Con un ejemplar de ese documento original y las cartas mismas que se citarán adelante, formuló demanda Hofseth contra la Compañía invocando las disposiciones legales que estimó pertinentes y aduciendo como hecho cardinal entre los fundamentales el haber sido despedido por ella inmotivadamente en abril de 1933, para que se la condene a pagarle en dicho oro colombiano "o su equivalente en moneda corriente" estas cantidades con sus intereses:

a) Por razón de viáticos, al tenor de la cláusula 6ª ..... $ 500.00

b) Por aumento de sueldos, a razón de $ 350 y a partir del 1º de

octubre de 1931	1,387.50
c) Por el sueldo, al mismo precio en el desahúcio	1,050.00
d) Mitad del mismo sueldo en 15 días de vacaciones	175.00
e) Por lo correspondiente, proporcionalmente, en razón de viáticos y sueldos en un mes de vacaciones por un año de servicio, por haberse fijado 4 meses para 4 años	300.00
f) Por aumento en el sueldo en proporción al aumento del precio del cemento	400.00
g) Por mejoras de Hofseth en la casa de Apulo	120.00
Suma .....$	3,932.50

El Juzgado negó estos dos últimos cargos por falta de pruebas. Al respecto no se halla especial reclamo del demandante y, por otra parte, efectivamente no se hallan en el proceso las pruebas que serían indispensables para esa condenación.

Negó asimismo el Juzgado el pedimento sobre sueldo en los quince días de vacaciones; negó la solicitud sobre el aludido mes adicional de vacaciones; y concedió lo restante, o sean, las tres primeras partidas de la lista precedente, en esta forma: a) los $ 500 de viáticos; b) el aumento de sueldos a razón de $ 75 al mes; pero computando a partir de la fecha del contrato, lo que da $ 742.50, y c) el sueldo en los noventa días del desahúcio, a razón de $ 350 el mes, o sean los $ 1,050 indicados por el actor. Cuanto a intereses, los decretó sobre los $ 500 y los negó sobre el resto.

De ahí que el fallo del Juzgado, que es de 19 de julio de 1934, condene a la compañía a pagar a Hofseth un total de $ 2.292.50 con intereses sobre $ 500 desde el 15 de abril de 1933.

Cuanto a moneda dice el fallo "moneda corriente", y la parte motiva en lo correspondiente a este tópico, que cierra la de la sentencia toda, se reduce a este párrafo: "Y por cuanto en Colombia solamente hay una especie de moneda y, además, atendiendo a lo dispuesto por la ley 46 de 1933 en su art. 2º, inciso 2º, el pago debe ordenarse en moneda corriente, sin distinguir oro, o papel representativo, o billetes del Banco de la República".

Esa sentencia del Juzgado es la que se halla sometida hoy al estudio de la Corte con el fin de que, cumpliendo el deber impuesto por el art. 538 del C. J. in fine, quede pronunciada por ella la de instancia que reemplace la del Tribunal rota por la citada de casación de 13 de noviembre de 1936, la cual sentencia del Tribunal lleva fecha 30 de octubre de 1935.

Como de paso se observó ya, hay ausencia de pruebas en lo relativo al aumento de sueldo por aumento en el precio del cemento, así como a las mejoras que Hofseth dice haber puesto a sus expensas en la casa de la Compañía ubicada en Apulo. La negativa pronunciada al respecto por el Juzgado sobre las dos últimas partidas de la lista de peticiones de la demanda, ya vista, debe confirmarse, por tanto.

Así, la discusión y estudio se concretan a los pedimentos restantes.

Lo cardinal de las afirmaciones del actor se halla en el despido inmotivado e intempestivo de que acusa a la Compañía, y ésta, por su lado, aduce como el motivo más poderoso de su defensa la negación que da a esa afirmación de despido, la que llega a calificar de recurso de que se vale el actor para ver de obtener todas las ventajas que esa apreciación errónea de la actuación de la compañía habría de darle y que son cabalmente las que en este litigio busca.

Interesa por lo mismo y ante todo establecer lo atañedero a ese despido, esto es, a si lo hubo o no y si, caso afirmativo, da lugar a las prestaciones demandadas.

Consta de autos que la Compañía venía manifestando a Hofseth que consideraba gravoso para ella el contrato. El ánimo de él estaba prevenido o preparado en ese sentido cuando le llegó a Apulo la carta que la Compañía le dirigió de Bogotá el 11 de abril de 1933. En recibiéndola él el 14 de los mismos, la respondió sobre ese pie, en forma que pregunta desde qué fecha queda cancelado su contrato, advirtiendo que éste le es satisfactorio; y ella le dirige el 19 de los mismos nueva carta en que, lejos de corregir ese concepto y de advertirle claramente o darle a entender siquiera que apenas le da el aviso anticipado de noventa días contemplado en la cláusula 11ª del documento, le plantea en aparente forma de dilema la terminación vista por Hofseth, como acaba de recordarse, pues le dice que deben sustituír entonces mismo ese contrato por otro bajo el cual siga él trabajando o darlo por terminado desde luego, pues ella señala como fecha final la misma que el contrato fija para terminación del primer año en relación con las vacaciones, lo que vale como decir, que esa terminación ha de ser el 15 de abril de 1933, aunque las palabras sean distintas, por formularse este término

del dilema en un circunloquio que dice exactamente eso.

Acordes las partes en que Hofseth venía trabajando de conformidad con el contrato, salta a los ojos lo inmotivado del despido y que tuvo lugar antes de vencerse el primer año, o sea, antes del 18 de junio de 1933. Como se vio ya, fue el 18 de junio de 1932 cuando quedó firmado el documento.

Como la demanda indica como fecha inicial de ese año el 1º de octubre de 1931, desde luego se observa que, si de esta fecha se partiese, no cabría juzgar el caso a la luz de la citada cláusula 6ª por despido anterior al vencimiento del primer año; y, sobre todo, que el documento no contiene, ni los restantes elementos probatorios tampoco, dato alguno del cual pudiera asirse la anticipación demandada para la fecha inicial.

Así, pues, se halla acertado el cómputo del Juzgado que, tomando como tal fecha la del documento y hallando que el contrato cesó el 15 de abril del año siguiente, encuentra un lapso de servicio anterior del que se forma, a razón de $ 75 mensuales, la referida partida de $ 742.50.

A ella se añaden los $ 500 de viáticos, que el Juzgado igualmente reconoce.

Una y otra bajo la estipulación de la referida cláusula 6ª, por medio de la cual las partes reglamentaron hasta con nimiedad el caso singular y preciso que aquí se contempla, el que no tendría por qué regularse sobre bases distintas de las que, repítese, las partes detallada e inequívocamente acordaron desde que suscribieron su citado documento.

Vencido para dicho 15 de abril de 1933 el primer año en especial convenido por las partes para el cómputo de los términos de vacaciones, para las cuales singularmente señalaron el 15 de abril de 1932 como fecha inicial, para aquel día estaba adquirido por Hofseth el derecho a la quincena de vacaciones pactada en la citada cláusula 4ª. Este derecho significa el sueldo en ese medio mes, o sean $ 137.50, ya que el sueldo mensual estipulado fue de $ 275. No se halla razón para tomar como sueldo la cifra de $ 350, que es lo pretendido por el demandante, porque a esta cantidad no se llega como sueldo mensual en parte alguna del documento, sino que simplemente la pronunciaron las partes y la escribieron en la cláusula 6ª como medio para precisar el aumento que por vía de pena se computaría sobre los sueldos ya recibidos en el tiempo de servicio anterior, en el evento de ser despedido Hofseth antes de vencerse el primer año. Sería erróneo tomar como base una cifra establecida solamente para ese exclusivo fin, tratándose de una finalidad tan diferente como lo es la de establecer lo atañedero a la quincena de vacaciones.

Debe, pues, acogerse este pedimento, o sea el relativo al pago de tal quincena, aunque no en la cuantía demandada, y debe, por tanto, reformarse a este respecto la sentencia de primera instancia que la negó.

Se acoge la negativa del Juzgado al mes adicional de vacaciones con su medio sueldo y parte proporcional de viáticos pedidos en la demanda, porque lo que la cláusula 5ª estipula es una obligación indivisible condicionalmente asumida por la Compañía, en cuanto ella habría de dar a Hofseth un cuatrimestre de vacaciones en cumpliendo él cuatro años de servicio, lo que significa un premio o galardón por llenar al servicio de ella un cuadrienio. El sentido e intención de las partes son muy claros al respecto, y también sus mismas palabras, pues en seguida de la estipulación sobre la quincena de vacaciones año por año, viene la cláusula 5ª, que comienza con esta proposición: "Hofseth tendrá también derecho a una vacación de cuatro meses cada cuatro años.. "

Se advierte que es para este exclusivo fin para lo que el documento habla del 1º de octubre de 1931 como fecha inicial. (Cláusula 5ª, reformada por la 12ª, que fija en definitiva para esto el 15 de abril de 1932).

En suma: la obligación de la Compañía no llegó a producirse por no haberse cumplido la condición bajo la cual se estipuló (art. 1542 del C. C.).

Como se vio, el Juzgado decretó el pago del sueldo en el trimestre del desahúcio y, además, lo computó a razón de $ 350 mensuales. Esta cifra es inadmisible desde luego, por lo que ya se dijo al estudiar lo relativo a la quincena de vacaciones anuales. Y es inadmisible también la condena que por tanto, habrá de suprimirse, reformando en esto también aquel fallo, en fuerza de estas razones:

Invocando como razón de la cláusula 11ª el ser indefinida la duración del contrato las partes se concedieron recíprocamente el derecho de hacerlo cesar cualquiera de ellas noticiando tal voluntad suya a la otra con anticipación de noventa días. Ese es el alcance, sentido y objeto de esa cláusula. No puede, pues, entenderse en el sentido de que con ponerla en el documento infirmaran lo que tenían ya convenido singularmente para el caso de despido de Hofseth antes de vencerse el primer año, es decir, para el caso

efectivamente ocurrido y que es el que se está juzgando en el presente pleito, como ya se vio.

Y, como ya se vio también, la Corte conceptúa que ese retiro se produjo y que consiguientemente, es el caso de aplicar la cláusula 6ª y de condenar a la Compañía al pago de los $ 500 de viáticos y del referido sobresueldo de $ 75 mensuales.

Si se interpreta el contrato, a pesar de lo observado sobre la finalidad especial y precisa razón de ser de la cláusula 11ª, en el sentido de que, además de la sanción reglamentada en la cláusula 6ª, había lugar al pago de un trimestre de sueldo, no se vería la causa de esta prestación y, de otro lado, se echaría menos algo que igualase o equilibrase a los contratantes, porque nada habría a cargo de Hofseth en el evento de ser él quien inmotivada e intempestivamente se retirase. Y la ausencia de estipulación al respecto en contrato en todo lo demás tan previsivo y detallado, sería inexplicable.

Pero, como se ha dicho ya, la razón principal para la negativa de la solicitud del trimestre de sueldo, por desahúcio, se encuentra en que la demanda la funda en la cláusula 11ª y en que la Corte estima que ésta se consignó por la razón y con el fin que esa cláusula misma expresa y no con el de reformar o infirmar la cláusula 8ª que, como tántas veces se ha puesto de presente, reglamentó con nimiedad el caso singular efectivamente acontecido, que fue el del despido de Hofseth dentro del primer año de servicio.

Debe corregirse también el concepto del Juzgado sobre intereses, en cuanto sólo los decretó sobre los $ 500 de viáticos por estimar que en las demás partidas reconocidas por él no había mora del deudor, y debe, por consiguiente, reformarse en ello esa sentencia, decretándolos sobre estas otras partidas, porque sí hay la mora que aquél echó menos.

En efecto: despedido Hofseth el 15 de abril de 1933, entonces mismo debieron pagársele no sólo los viáticos sino el sobresueldo, y comenzando ese día la quincena de vacaciones, el sueldo correspondiente a éstas debió cubrírsele el 1º del subsiguiente mayo. Sencilla observación que conduce a condenar al pago de intereses legales sobre las respectivas sumas desde su correspondiente fecha, a la luz de los arts. 1608 y 1617 del C. C.

Resumiendo los razonamientos y conclusiones precedentes, se tiene que la Compañía ha de ser condenada a pagar a Hofseth los $ 500 de viáticos y los $ 742.50 de sobresueldo, lo que suma $ 1,242.50, con sus intereses legales desde el 15 de abril de 1933; y los $ 137.50 de la quincena de vacaciones con tales intereses desde el 1º del subsiguiente mayo; y que debe ser absuelta de las demás peticiones hechas contra ella en la demanda.

Así las cosas, se hubiera dictado tal como acaba de expresarse la sentencia de instancia que reemplazase la del Tribunal recurrida desde que se dictó la de casación el citado trece de noviembre, a no haberlo impedido la falta de los elementos necesarios para estudiar y decidir entonces mismo lo atañedero a la especie de moneda en que ha de decretarse y hacerse el pago, falta que obligó al referido auto para mejor proveer y que con éste quedó remediada. Así puede hoy decidirse una cuestión planteada desde la demanda misma, sobre la que el fallo no podía guardar silencio (C. J., art. 481) y que, como si ello no fuese suficiente, ha sido el tema más controvertido entre las partes a todo lo largo del juicio, según se ve, no sólo en el libelo a que acaba de aludirse y su respuesta, sino también en los alegatos de uno y otro contendor en la instancias y en la casación, en la que ambos alegaron dos veces, cada cual como recurrente y como opositor, por haber recurrido ambos, empeñado el demandante en lograr la totalidad de sus pretensiones, inclusive la relativa a moneda, y empeñada la compañía demandada en su completa absolución, por no haber incurrido en la falta sobre retiro prematuro e inmotivado de Hofseth de que éste se queja, y sosteniendo ella que en el evento para ella improbable de una condenación, ésta no podría ni puede hacerse sino en moneda corriente colombiana o sea en billetes nacionales, tales como hoy circulan y tal como previene el muy comentado y discutido inciso 2º del art. 2º de la ley 46 de 1933.

El demandante no se queja de que la condena se hiciera en moneda corriente, pues este extremo lo formuló él mismo en su demanda, sino de que no se incluya en la condena el cambio o diferencia que según él existe entre el oro colombiano y esa moneda o billetes, diferencia que, dice, asciende a que un peso en oro colombiano acuñado equivale a más de dos y medio pesos en billetes.

Sobre este tema tan importante considera la Corte:

Cuando se restableció la libre estipulación (leyes 33 de 1903 y 18 de 1904) y cuando entró a regir la ley 59 de 1905, así como

la 35 de 1907, la moneda colombiana era el billete nacional de curso forzoso; de suerte que las disposiciones de éstas miraban hacia el oro colombiano amonedado como algo abstracto, no como una realidad material; pero cuando, sea por virtud de la ley 69 de 1909, sea por causas de orden fiscal y económico distintas o las mismas que obraron para dictarla, vino a tener efectividad esa ley 35, cuyo texto respectivo pertinente a la cuestión que se estudia se halla también en la 110 de 1912, ya fue una verdad real en nuestro régimen monetario el peso oro de las condiciones detalladas en estas leyes, y entonces la faz de los hechos fue, consiguientemente, muy distinta.

Por eso cuando la ley 120 de 1914 determinó el sello y demás detalles físicos de las monedas de oro y de plata establecidos en sus arts. 1º a 5º, hubo de advertir en el art. 6º lo pertinente a las monedas que a la sazón se estaban acuñando; y en esta senda la ley 65 de 1916 concedió las autorizaciones que expresa, lo que en relación con la marcha de la amonedación colombiana hace ver cómo se la adelantaba.

Cabe recordar que esta ley 65, calificando los billetes papel moneda de "restos de antiguas emisiones", fijó su cambio por billetes representativos de oro a razón de ciento de aquéllos por uno de éstos, lo que implica completa igualdad entre tales billetes representativos y las monedas mismas representadas, con las cuales tenía ya establecida la misma relación de $ 100 billetes, papel moneda, por $ 1 en oro, el art. 26 de la ley 59 de 1905, citada atrás de paso.

Ante la nueva realidad, el legislador de 1923, al proveer (ley 25) a la creación del Banco de la República, en quien delegó la potestad de emitir billetes expresivos de pesos oro (art. 16), y quien reemplazó a las Juntas, tanto de Conversión como de Vigilancia (art. 24), encargada aquélla por la citada ley de 1914 del cambio de billetes ya expresado, estableció que los billetes del Banco no tendrían curso forzoso (art. 17), pero serían convertibles a su presentación (art. 19).

Llevada a los hechos esta convertibilidad a la vista, los billetes, tanto los que aún circulaban emitidos por la Nación misma, como los que emitió el Banco, quedaron en pie de igualdad, sobre las bases antedichas, con el oro amonedado, y desapareció, como algo a la verdad incongruente con esa realidad nueva y hasta incompatible con ésta, toda diferencia, todo cambio o premio o descuento entre billetes y monedas colombianos.

La ley 82 de 1931, al reformar la que acaba de citarse, no alteró, sino antes bien confirmó, lo que a la sazón fijaba nuestro régimen monetario, en cuanto a la faz de éste relacionada con lo debatido sobre moneda en el presente juicio.

En tal estado las cosas, vino a carecer de alcance y hasta de sentido práctico la estipulación en que al pactarse oro colombiano dijese "o su equivalente en moneda corriente", ya porque esta equivalencia era la completa igualdad de que acaba de hablarse, ya porque por la locución moneda corriente no podía menos de entenderse indistintamente tanto el oro acuñado como los billetes que lo representaban y que eran efectivamente cambiados por monedas de aquél a su presentación en cualquiera de las oficinas de caja del Banco de la República.

Y fue en la última época que acaba de esbozarse cuando se celebró y cuando se rompió el contrato a que se refiere este litigio, no sin que antes de aquél, que es de 18 de junio de 1932, se hubiera dictado el decreto número 1683 de 1931, que suspendió temporalmente el libre comercio de oro, prohibió la exportación de este metal y autorizó al Banco de la República para hacer el cambio de sus billetes en giros a la vista sobre Nueva York, a tiempo que, según el mismo decreto, se reglamentó la obtención de giros sobre el exterior en estrechos límites y mediante la Comisión de Control de operaciones de Cambio con las facultades y deberes indicados rígidamente en el mismo decreto, que rigió desde su fecha (septiembre 24).

Así quedó suspendido el cambio de que se viene hablando. Que ello fue así, aunque la voz suspensión no se pronunciase, lo persuaden las palabras mismas de la ley, pues al dictarse la 46 de 1933, su art. 2º, en el inc. 2º expresamente así lo declara cuando, al fijar para lo dispuesto en el inciso precedente el mismo artículo una duración de cinco años, hace la salvedad de que antes se haya "restablecido el cambio por oro de los billetes del Banco de la República".

Ese inciso precedente, o sea el primero del art. 2º de esa ley 46, dice: "Las obligaciones contraídas en oro colombiano acuñado se cubrirán a la par en billetes colombianos representativos de oro o en billetes del Banco de la República".

Así, pues, estando privados tales billetes de su anterior convertibilidad, que había sido efectiva, la ley dispuso que con ellos a la par se cubrirían las obligaciones contraídas en oro colombiano.

Los Tribunales y tratadistas de aquellos países sobre los cuales cayó más rudamente con sus estragos la guerra europea, han tenido que meditar honda y ahincadamente en los problemas monetarios surgidos de las emisiones de billetes, de la alteración de valor o precio de las monedas y en general de las medidas que sobre estos tópicos fueron ocasionadas o impuestas por aquel conflicto y sus ulteriores repercusiones.

De ahí que esté singularmente justificada la cita de las tesis jurisprudenciales de esos países y de las doctrinas de sus expositores y comentadores.

Mr. Gény, en su estudio La validité juridique de la clausule "Payable en or", censura la jurisprudencia de los Tribunales franceses que sostenidamente han declarado nula tal cláusula, jurisprudencia que él contempla detenidamente desde diversos puntos, y es desde el estrictamente legal desde el cual formula esa censura, fundada en no haber disposición legal que haciendo netamente esa declaración de nulidad o prohibiendo aquella estipulación, diera sólido fundamento a tales decisiones.

Ocurre desde luego observar cuán distinta es la situación del caso en Colombia, dada la ley 46 y sus disposiciones que acaban de transcribirse.

Es el billete de banco promesa de pagar una suma de dinero al portador y a la vista; por tanto es, en principio, convertible en dinero: de ahí que los economistas lo denominen moneda de papel, locución tan diferente u opuesta a esta otra: papel moneda. Su convertibilidad y la fe inspirada por el Banco los hace recibir como especies metálicas. Cuando hay obligación de recibirlos como moneda en curso, esto constituye el curso legal del billete. Y aquí ocurre otra oposición de locuciones, pues si ésta significa obligación de recibir los billetes como monedas bajo la obligación del Banco de convertirlos a la vista en éstas, cuando cesa esta obligación y se establece o subsiste la de recibirlos en pie de igualdad con las monedas, el curso forzoso es aquello ante lo cual se está.

La obra de Lyon Caen y Renault Traité de Droit Commercial, estudiando los temas a que se alude aquí (Tomo IV, págs. 698 y siguientes), dice que "Las disposiciones relativas a la inconvertibilidad tienen un incontestable carácter de orden público".

Analizando esa obra las cláusulas contractuales encaminadas a excluír el pago en billetes, advierte cómo son hasta inútiles cuando éstos no tienen curso legal, ya que entonces le es dado al acreedor negarse a recibirlos, y cómo son nulas bajo el curso forzoso, esto es, mientras el Banco está dispensado de su obligación de convertirlos, "porque el curso legal interesa entonces al orden público, en cuanto tiene la finalidad de impedir la depreciación excesiva de los billetes y de asegurarle al Estado que puede servirse de los que el Banco le da en préstamo. Ninguna ley pronuncia esa nulidad, como sí la declaró, por ejemplo, la ley de 12 de septiembre de 1790 sobre las cláusulas que excluyesen el pago en asignados; pero para que una convención contraria al orden público sea nula, no se necesita disposición especial: basta la general del art. 6º del Código Civil".

NOTA—Este artículo del Código Civil francés a que se refieren los autores que se vienen citando y parcialmente transcribiendo, corresponde al art. 15 del nuéstro.

La misma obra, extendiendo ese concepto de nulidad a las estipulaciones del orden en referencia anteriores al curso forzoso, acalla las objeciones que a este respecto ocurrirían con esta reflexión:

"No se podría objetar que la nulidad de un acto no puede provenir de causa posterior a la fecha del mismo. Las estipulaciones de que se trata están afectadas de un vicio que las hace nulas ab initio para el caso de que el curso forzoso se establezca".

En la obra de Colin y Capitant Cours Elémentaire de Droit Civil Francais, tras del estudio sobre las varias clases de leyes relativas al derecho privado y al examen detenido de las imperativas o prohibitivas, se leen estos conceptos: "Cuantas veces alguien desconozca en un acto jurídico una disposición legal fundada en consideraciones de orden público, ese acto será ineficaz, esto es, no producirá efecto alguno, aunque la ley no haya impuesto expresamente esta sanción. El legislador se pondría en contradicción consigo mismo si reconociera valor a un acto violatorio de sus mandatos".

Ch. Beudant en su Cours de Droit Civil Français, en la sección dedicada al Título preliminar, comentando el art. 6º de ese Código (art. 15 del nuéstro), dice: "... por leyes de orden público se entienden aquellas que interesan a la sociedad colectivamente más bien que a los ciudadanos considerados individualmente, las que se inspiran en el interés general más que en el de los individuos. Si se toman las palabras en este sentido, el art. 6º significa que los particulares pueden derogar por su voluntad las leyes que no miran sino a su interés privado o individual, pero no las que son de interés general o público..."

"En esta fórmula (leyes de orden público) no es al calificativo público al que hay que poner mayor atención, sino al sustantivo orden. La noción de orden ha contribuído a orientar la doctrina y la jurisprudencia para la aplicación de aquel artículo. En el interés general el Estado debe organizar un orden: orden en la constitución política, en la administración, en los servicios públicos, en la familia, en la vida económica; debe prohibir o reprimir todo hecho, todo acto tendiente a alterar ese orden o indirectamente a comprometerlo..."

"Una institución es de orden público por estar destinada a crear un orden general cuya finalidad no puede alcanzarse si no se someten todos, si el orden general no prevalece sobre los casos e intereses particulares".

La obra citada ya de Colin y Capitant contiene (Tomo II, pág. 278 y siguientes) estos conceptos:

"Cuando la unidad monetaria nacional se ha depreciado después de nacida la deuda, el deudor se libera, sin embargo, válidamente, cubriendo a su acreedor la suma convenida, según el valor nominal de las piezas de moneda o de los billetes de banco. En otros términos: es el acreedor quien soporta la pérdida representada por la depreciación de la moneda, a menos de haberse estipulado lo contrario en el contrato, estipulación que es válida en tanto que el curso forzoso no se haya establecido"...

"En los períodos de gran crisis el legislador se ve obligado a dar curso forzoso a los billetes de banco. Esto significa que el Banco queda dispensado hasta nueva orden de cambiar sus billetes por especies metálicas. Como se ve, el curso forzoso es una medida análoga a una moratoria, inspirada por consideraciones de salud nacional (sería poco decir sólo de orden público), en la mira, sobre todo, de preservar el encaje metálico del Banco de Francia, principal sostén de nuestro crédito en el exterior"...

"Es el deseo de protegerse contra tales incertidumbres lo que conduce a insertar en los contratos cláusulas en cuya virtud el deudor se obliga a libertarse no en papel sino en oro (cláusula oro) o, más prácticamente, se compromete a entregar al acreedor una suma en papel que represente el valor en moneda de oro de la prestación convenida (cláusula valor oro). El resultado de esta estipulación, en cuanto sea válida, es el de hacer caer sobre el deudor la pérdida eventual del cambio, la que, de otro modo, es de cargo del acreedor".

"Vivamente se ha discutido la validez de estas cláusulas. Muchos han sostenido que, no prohibiéndolas ningún texto, son perfectamente lícitas. Según ellos, las leyes que establecen el curso forzoso se limitan a dispensar al banco de su obligación de convertir sus billetes en especies metálicas y no prohiben a las partes estipular el pago en monedas distintas de los billetes de banco.

"Sin embargo, la cuestión se ha resuelto desde 1873 por la Corte de Casación en el sentido de la invalidez de las cláusulas en referencia. La Corte observa que el curso forzoso viene a añadir su efecto al del curso legal, de donde concluye que estas dos medidas conjugadas imponen a los particulares la obligación de recibir como moneda legal los billetes del Banco de Francia por un valor equivalente al de las especies metálicas. Estas disposiciones, por otra parte, dictadas en la mira de conjurar una crisis inminente, son de orden público y, en consecuencia, no es permitido a los particulares derogarlas. Toda cláusula conducente a eludirlas es nula y como no escrita".

En el Traité Pratique de Droit Civil Français de Planiol y Ripert, Tomo VI (con el concurso del Prof. Esmein), se hallan estos conceptos bajo el epígrafe "Organización General del Estado", dentro del estudio de la Causa y el Objeto (pág. 315): "Toda convención estipulada en la mira de impedir o esquivar la aplicación de las reglas sobre organización general del Estado y el funcionamiento de los servicios públicos, está herida de nulidad..." "Es así igualmente con las convenciones tendientes a escapar a la aplicación de una regla que interesa a la seguridad o la salubridad públicas o de las leyes penales".

"Entre las funciones del Estado se encuentra la de determinar el instrumento monetario. Las leyes que fijan el valor de la moneda y su poder liberatorio se han considerado por la jurisprudencia como leyes de orden público. Todas las cláusulas encaminadas a prevenir los efectos de la depreciación monetaria (cláusulas de pago en valor oro, en moneda extranjera, etc.) han sido anuladas por la jurisprudencia en cuanto hayan tendido a crear una diferencia de valor entre la moneda metálica y la moneda fiduciaria".

En la obra del Prof. Arthur Nussbaum intitulada El Dinero en la teoría y en la práctica ante el derecho alemán y extranjero, se halla, a los respectos aquí contemplados, que después de distinguir entre los billetes de urgencia (Notgeldschaine), emitidos por entidades distintas del Estado, y

los billetes de éste, y de ver cómo las entidades emisoras de aquéllos contraen la obligación de restituir, de la que el Estado puede conceder moratoria, observa que éste con sus propios billetes puede establecer la admisión forzosa; y así se crea lo designado por las palabras "dinero de curso forzoso" (zwanglaufiges Geld).

La posibilidad de que el Estado llegue a obligar el comercio a admitir monedas o billetes por su valor nominal, dando lugar así a los supuestos de hecho que al dinero corresponden, es una cuestión de poder (Macht). Y agrega la misma obra que se viene citando: "De un modo expreso reconoce en el comercio el poder de crear dinero el Código de Comercio italiano, en su art. 39, según el cual el dinero puede tener corso legale o commerciale nel Regno"... "De todo lo expuesto se deduce que el nominalismo no implica en manera alguna el estatismo. Pero esto no quiere decir que discutamos la facultad que al Estado corresponde en tiempos normales para decidir acerca de la creación y de la anulación del dinero, sencillamente por la razón de ser el Estado señor efectivo del tráfico monetario. La facultad del Estado para la regulación de ese tráfico ha sido en todo tiempo un atributo indiscutible del poder público. En la doctrina de la Edad Media aparecía el príncipe como titular exclusivo de la regalía monetaria. La doctrina moderna la he sustituido por la soberanía del Estado en materia de dinero (Celdhoheit des Staates), llamada ordinariamente, con demasiada limitación soberanía monetaria (Münzhoheit).

"La soberanía monetaria comprende la facultad de regular legalmente la circulación del dinero en todo el territorio del Estado y, especialmente, la de dictar disposiciones relativas a la obligatoriedad de aceptación, a la exclusión de signos monetarios extranjeros y, sobre todo, a la emisión y recogida del dinero del Estado. En general, es de interés público reservar al Estado, o a los establecimientos autorizados por él, la emisión de dinero. Pero esta reserva exige siempre un fundamento legal. La legislación alemana pecaba por defecto en este punto hasta la promulgación de la ley 17 de julio de 1922 sobre moneda de urgencia.

"La fabricación y emisión del dinero del Estado no constituyen solamente, como en alguna ocasión se ha entendido, una actividad industrial que radica en el campo del derecho privado, sino que da lugar, por virtud del contrato oficial del contenido y peso del metal que el cuño representa, a un acto de derecho público...."

A más de los conceptos trascritos hasta aquí, obra para ante la Sala que está sentenciando en este caso el fallo de la Corporación en Sala Plena en la demanda de inexequibilidad por inconstitucionales de varias disposiciones, entre ellas el Art. 2º de la ley 46 de 1933, fallo que por sí solo sería decisivo al respecto para el que se está dictando.

Esa sentencia de la Sala Plena, pronunciada el 25 de febrero del año en curso, negó la inexiquibilidad demandada, por los múltiples fundamentos que detenidamente expone. En lo que respecta a la moneda optó por el sistema nominalista, en cuanto halla que el valor de ella se determina en cada Estado por las disposiciones de éste Estado y no por el precio comercial del metal contenido en cada pieza.

Allí se ve también cómo las disposiciones de esta categoría son de interés general, no infirmables, por tanto, por convenios particulares.

Si, a la luz de ese fallo y tal como concurren a demostrarlo también las trascripciones precedentes, disposiciones como las nuéstras citadas y parcialmente trascritas, —de ellas cardinalmente dicho inciso 2º del Art. 2º de la expresada ley 46,— son de interés general, de orden público, y aun, por mejor decir, con la feliz expresión atrás copiada, de salud nacional, no las pueden abrogar las estipulaciones de los contratos entre particulares por medio de las cuales éstos pretendan eludirlas o desvirtuarlas en su cumplimiento, así esas estipulaciones sean obra de precaución o de resguardo anticipado.

La referida acusación contra disposiciones de leyes y decretos sobre deudas se hallaba en curso para cuando en noviembre último se pronunció en este pleito la sentencia que decidió el recurso de casación. De ahí la necesidad de establecer fehacientemente en este proceso si dicho Art. 2º de la ley 46 se hallaba efectivamente acusado y cuál era la declaración de la Corte, en el evento de que al cumplirse el auto para mejor proveer se hubiese aquélla dictado. Así se anunció al casar la sentencia recurrida y así se manifestó al dictarse ese auto el 16 de diciembre de 1936, una vez ejecutoriada la sentencia de casación. Advino por fortuna esa sentencia de Sala Plena (febrero 25) para cuando el auto se cumplió (marzo 5). Por eso la presente tiene el respaldo que ella le da en lo atañedero a régimen monetario y constitucionalidad de tan citado inciso 2º del Art. 2º de la ley 46.

Se trae tanto a cuento esta disposición, porque ella ha sido al respecto, no sólo la base del fallo del Juzgado de primera instancia, de cuya apelación se decide, sino de las alegaciones de las partes, como se ve en las mismas de instancia y muy señaladamente en las que adujeron en el recurso de casación.

No cabe duda sobre la oportunidad de estudiar el punto en la presente sentencia, en vez de dejarlo para cuando ya se tratase del pago mismo que ha de decretarse en ella, porque, como ya se observó, ese punto fue materia de la demanda misma y se trató detenidamente por cada parte, sosteniendo cada una su manera de ver las cosas a ese preciso respecto a todo lo largo de las instancias y en la citada casación. Dejar de estudiarlo y decidirlo aquí mismo habría sido desoír el precepto contenido en el art. 481 del C. J.

Muy diferente el caso cuando el litigio no ha versado sobre la especie de moneda sino tan sólo sobre la obligación de pagar o sobre la cantidad numérica respectiva y en que, por lo mismo, puede dejarse y hasta en ocasiones debe dejarse lo relativo a discusión sobre especie de moneda para cuando ocurra el pago mismo y sobrevenga, si es que sobreviene, contienda al respecto, de la que, en el caso de un primer pleito que se cita como ejemplo, hasta se ignora, mientras éste se ventila, si efectivamente habrá de sobrevenir.

Como atrás se anotó ya, el Juzgado condenó al pago en moneda corriente. El precedente estudio conduce a acoger esa solución.

El apoderado del demandante objetó la citada sentencia de casación de 13 de noviembre por haber admitido, dice él, medios nuevos. Si acaso ello hubiera sido así, ya la Corte no podría corregir el error que ello implicaría, porque no puede reconsiderar esa sentencia, que es definitiva (C. J., Art. 482). Pero afortunadamente no incurrió en ese yerro, para reconocer lo cual basta observar que la cláusula 5ª del documento, en cuya aplicación consistiría ese error según el demandante, ha sido aducida por la compañía demandada no a última hora al formular su recurso de casación, sino a todo lo largo del pleito, en todos sus demás alegatos, y en la contestación misma del libelo inicial.

Y en cuanto a la solicitud de considerar el desahúcio a la faz netamente legal, y no a la contractual en que lo propuso en la demanda misma y en que lo ha presentado sostenidamente desde entonces en todo el curso del litigio, la Corte no podría acceder sin quebrantar el Art. 471 del C. J. in fine, que la obliga a sentenciar en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes y que, por lo mismo, le prohibe fallar ultra petita.

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:

1º Condénase a la Compañía de Cementos Portland Diamante, sociedad anónima domiciliada en Bogotá, a pagar en esta ciudad en moneda corriente colombiana al señor Bjarne Hofseth, dentro del tercero día de ejecutoriado el presente fallo, la cantidad de mil trescientos ochenta pesos ($ 1.380) con sus intereses legales hasta el día del pago, así: a partir del quince de abril de mil novecientos treinta y tres (1933) sobre mil doscientos cuarenta y dos pesos cincuenta centavos, y a partir del primero de mayo de ese mismo año sobre los restantes ciento treinta y siete pesos cincuenta centavos.

2º Absuélvase a la misma compañía de los demás cargos de la demanda.

Queda así reformada la sentencia de primera instancia, o sea, la pronunciada por el Juzgado sétimo del Circuito de Bogotá el 19 de julio de 1934.

Sin costas.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Antonio Rocha, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J., Juan Francisco Mújica, Arturo Tapias Pilonieta, Pedro León Rincón, Srio. pad.

CONFESION. — CONFESION COMPUESTA Y CONFESION COMPLEJA INDIVISIBLE — DIVERSOS CONTENIDOS — INDIVISIBILIDAD DE LA CONFESION COMPLEJA

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

(Magistrado ponente: Dr. Eduardo Zuleta Angel)

I

ANTECEDENTES

1º Ante el Juzgado 7º del Circuito de Bogotá la señorita Mercedes Fernández alegando que el contrato contenido en la escritura número 1403 de 22 de octubre de 1926, otorgada en la Notaría 5ª de Bogotá, "no expresa la verdad de lo sucedido" y es simulado o ficticio porque la persona que allí figura como vendedora no tuvo intención de vender el inmueble de que se habla en tal instrumento ni quienes aparecen como compradores tuvieron voluntad de recibir en compra dicho inmueble, y afirmando además que nunca fue pagado el precio que se hizo figurar como recibido por la vendedora— demandó en juicio ordinario a David J. Pontón y Amparo Anexy de Pontón para que, con audiencia de éstos, se declarara "nulo y de ningún valor, inexistente o que no ha producido ni produce efecto legal ninguno el expresado contrato". En subsidio pidió que se declarara rescindido por lesión enorme dicho contrato, porque el precio comercial del inmueble era en la fecha de la escritura citada superior en algunos miles de pesos al doble de la suma de $ 3,000 que como valor se le asignó en aquélla. Finalmente pidió la actora que, como consecuencia de alguna de las aludidas declaraciones, se decretara la cancelación de la escritura ya mencionada y de la respectiva inscripción.

2º Ante el Juzgado 2º del Circuito de Bogotá promovió la misma señorita Fernández contra los mismos demandados juicio de resolución del contrato tantas veces citado fundándose en que los demandados no han cumplido con la obligación de pagar a la actora los $ 3,000 fijados como precio del inmueble que dijeron comprar por la escritura número 1403 de 22 de octubre de 1926 de la Notaría 5ª de Bogotá.

3º Al contestar la primera de las demandas aludidas, los demandados dijeron, en substancia: que por haberlo exigido espontáneamente así la vendedora los $ 3,000 que declaró ella recibidos a su entera satisfacción en el instrumento mencionado quedaron en poder del señor David J. Pontón para ser empleados por cuenta de la señorita Fernández en gastos personales de la demandante y de una sirvienta suya y en el pago de algunas sumas de dinero adeudadas por la actora, y que, al efecto, de acuerdo con lo dispuesto por la vendedora, el señor David J. Pontón, en el lapso comprendido entre el 26 de octubre de 1926 y el 25 de abril de 1930, pagó a aquélla los $ 3,000 en referencia, así: parte en diversas entregas de dinero y parte en habitación, alimentación y vestidos suministrados a la actora y a su sirvienta durante ese tiempo.

4º Al ser interrogados en posiciones los demandados, volvieron a explicar que, por exigencia de la señorita Fernández, Pontón conservó en su poder el precio del inmueble para los efectos antes indicados y que lo pagó de la manera como acaba de expresarse.

5º Posteriormente, en la segunda instancia, fueron interrogados nuevamente en posiciones los demandados, y entonces, a las preguntas que se les hicieron sobre si el precio se había pagado "cuando se otorgó y firmó la escritura" o antes, contestaron lisa y llanamente que era cierto que tal precio no había sido pagado ni antes de la escritura ni en el momento del otorgamiento. No agregaron en esa ocasión los demandados las explicaciones que desde el principio habían venido dando sobre el modo como el pago se efectuó. Según lo aseverado por los demandantes esta omisión obedeció a la circunstancia de que el magistrado sustanciador no les permitió decir cuanto tenían que decir. Por su parte dicho magistrado sustanciador, sin negar ni rectificar lo aseverado por los demandados, dejó constancia de que al ser absueltas las referidas posiciones "se exigió a los absolventes que debían contestar a cada pregunta categóricamente como lo dispone el art. 612 del Código Judicial".

6º Los dos juicios fueron acumulados según providencia de 15 de marzo de 1932 en virtud de la cual correspondió el conocimiento de ambos al Juzgado 7º del Circuito, que dictó sentencia el 20 de abril de 1934 en el sentido de declarar improcedente la acción de nulidad por simulación y la acción de rescisión por lesión enorme y de decla-

rar procedente la acción de resolución por falta del pago del precio. Como consecuencia de eso, el Juzgado declaró que el inmueble pertenecía a la señorita Mercedes Fernández y que los demandados debían pagarle a ésta los perjuicios causados por la inejecución del contrato.

7º Los demandados apelaron de la sentencia del Juzgado. Por su parte el apoderado de la demandante apeló "en lo referente a la parte de ella que trata de perjuicios por no haberse hecho la fijación de la cuantía de ellos".

8º El Tribunal reformó la sentencia apelada "en el único sentido de declarar no probada la inexistencia del contrato materia del juicio" y confirmó el fallo en todo lo demás.

9º En lo que respecta a la declaración sobre resolución, confirmada por el Tribunal, éste razonó de la siguiente manera: La declaración de haberse pagado el precio, que consta en la escritura, hace fe entre las partes pero admite para ellas prueba en contrario. La confesión de los demandados constituye esa prueba en contrario, pues ellos "declararon de manera simple y categórica en posiciones absueltas ante el Tribunal que la declaración de haberse recibido el precio hecha en la escritura de venta no es la expresión de la verdad". Ambos confesantes habían explicado anteriormente que el precio había sido pagado con posterioridad a la escritura en alimentos, habitación y vestido suministrados a la vendedora en virtud del convenio privado con ésta. Pero en parte alguna del proceso acreditaron la celebración de dicho convenio, fuera de que en las posiciones últimamente relacionadas dijeron los demandados, al contestar la primera pregunta, haber hecho el pago en moneda corriente, lo que envuelve una manifiesta contradicción con lo que anteriormente habían venido manifestando en relación con la forma de pago".

II

CARGOS FORMULADOS CONTRA LA SENTENCIA

Los demandados, por medio de apoderado, han acusado en casación la sentencia: por infracción directa del artículo 1934 del Código Civil; por aplicación indebida del 1546; por interpretación errónea de esos mismos textos y de los artículos 1759 del Código Civil y 609 del Código Judicial; por error de hecho manifiesto al aceptar o admitir como prueba las posiciones absueltas por los demandados en la segunda instancia, y, finalmente, por error de derecho "al estimar o valorar legal y jurídicamente como prueba plena, única y divisible la prenombrada confesión contenida en las mencionadas posiciones", como consecuencia de lo cual se violó el artículo 609 del Código Judicial.

III

EXAMEN DE LOS CARGOS

La Corte encuentra fundado el último de los cargos a que se ha hecho alusión, por las siguientes razones:

1ª Porque si bien es cierto que los demandados, en las posiciones de segunda instancia, al contestar la pregunta segunda, dijeron lisa y llanamente que "cuando se otorgó y firmó la escritura pública número 1403", NO HABIAN ENTREGADO a la vendedora el precio estipulado y que en el momento del otorgamiento y firma de la misma escritura tampoco fue entregado dicho precio, no es menos cierto lo siguiente: (a) que al absolver las aludidas posiciones el señor Pontón había dicho, al contestar la primera pregunta, que el precio se había pagado "siguiendo íntegramente las instrucciones de la vendedora", y que la señora de Pontón, por su parte, al contestar la misma pregunta, dijo que a la vendedora se le fueron dando las cuotas en moneda corriente; (b) que lo confesado por los demandados entonces sobre no entrega del precio antes del otorgamiento de la escritura y sobre no entrega del mismo en el momento del otorgamiento de la escritura, no implica rectificación alguna a lo que ellos habían venido exponiendo desde el principio del pleito, tanto en la contestación de la demanda como en las demás diligencias de absolución de posiciones, a saber: que por exigencia de la vendedora, los $ 3,000 que ésta declaró recibidos quedaron en poder de Pontón para emplearlos, por cuenta de la señorita Fernández, en la alimentación de ésta y de su sirvienta, en habitación de las mismas y en pago de varias deudas a cargo de aquélla, y que, de conformidad con esa exigencia de la vendedora, los $ 3,000 fueron invertidos de acuerdo con los deseos de ésta, y por cuenta de ésta, en el lapso comprendido entre el 28 de octubre de 1926 y el 25 de abril de 1930; (c) que entre estas explicaciones de los demandados y lo confesado por ellos en las posiciones de segunda instancia no hay contradicción tampoco, y que la circunstancia de que en tales posiciones no hubieran repetido los demandados las mismas explicaciones que habían

venido dando a todo lo largo del juicio sobre el pago posterior del precio obedeció al hecho afirmado por los demandados, y no contradicho por el magistrado ponente, de que a aquéllos no se les permitió en la respectiva diligencia repetir las explicaciones en cuestión.

2ª Porque si se tiene en cuenta lo que los demandados dijeron al contestar la demanda y al rendir las posiciones que figuran a folios ..... de los cuadernos ....., y se confronta todo ello con lo expuesto por los mismos al rendir las posiciones de segunda instancia, resulta claro que éstas no pueden ser tomadas como una confesión pura y simple sobre no pago del precio sino como una repetición —no por incompleta menos clara— de lo sostenido por los demandados desde el principio sobre pago del precio con posterioridad al otorgamiento de la escritura en la forma exigida por la vendedora.

3ª Porque la confesión de los demandados —una sola en realidad, aunque repetida en diversas ocasiones, y en la última de manera incompleta— es indivisible, ya que no consiste en la admisión de un hecho con la adición de otros hechos diversos y heterogéneos, sin relación con el primero (confesión compuesta), sino en el reconocimiento de la existencia originaria de un hecho, fuente de obligación, pero añadiendo que ésta se extinguió luégo por pago (confesión compleja indivisible), pues en realidad la referida confesión se redujo a admitir que el precio se quedó debiendo en el momento del otorgamiento de la escritura pero que se pagó luégo en la forma convenida, lo que vale tanto como decir que la declaración accesoria recayó sobre un hecho considerado generalmente por la doctrina como modelo y prototipo de los hechos conexos característicos del contenido de la confesión compleja indivisible (véanse Lessona, Nº 615: Planiol et Ripert. Tomo VII, 1570).

4ª Porque de acuerdo con el artículo 609 del Código Judicial —que en una forma muy técnica consagra la doctrina predominante sobre indivisibilidad de la confesión compleja y divisibilidad de la confesión compuesta— "la confesión se admite tal como se hace, con sus modificaciones, aclaraciones y explicaciones concernientes al mismo hecho", y sólo en el caso de que el confesante agregue hechos distintos y separados que no tengan íntima relación con el primero vienen éstos a constituir excepciones que deben ser probadas.

5ª Porque aplicando al caso el referido texto —que modificó sustancialmente el principio empíricamente consignado en los artículos 567 y 568 del antiguo Código Judicial— resulta claro que no puede ser dividida la confesión de los demandados, puesto que los hechos agregados por éstos no carecen de íntima relación con el hecho principal, ni pueden considerarse como distintos y separados de éste, ya que, por el contrario, hay entre todos ellos una perfecta conexidad.

Como consecuencia de lo expuesto debe ser casada la sentencia del Tribunal y revocada la del Juzgado, pero solamente en cuanto una y otra se refieren a la acción resolutoria, pues respecto de las demás acciones propuestas por la señorita Fernández la Corte no puede variar en forma alguna lo resuelto por el Juzgado y por el Tribunal, comoquiera que en esa parte la sentencia del Juzgado no fue apelada ni se interpuso recurso de casación por la actora contra la del Tribunal en lo concerniente a las declaraciones sobre improcedencia de las acciones de nulidad e inexistencia por simulación.

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 Bogotá con fecha 21 de febrero de 1936, pero únicamente en cuanto tal sentencia confirma la declaración hecha por el Juzagdo sobre resolución del contrato contenido en la escritura número 1403 de 22 de octubre de 1926 de la Notaría 5ª de Bogotá, o sea las declaraciones a que se refiere el ordinal 2º (incluídos los párrafos distinguidos con las letras a, b y c) de la parte resolutiva de la sentencia del Juzgado, la cual queda revocada en esa parte.

Sin costas.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente al Tribunal de Bogotá.

Antonio Rocha, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J., Juan Francisco Mújica, Eduardo Zuleta Angel. Emilio Prieto Hernández. Srio int.

RECURSO DE REVISION

El legislador estableció en el artículo 542 del C. J. el recurso extraordinario de revisión, que por su misma naturaleza no tiene cabida sino en circunstancias especiales respecto del tiempo y respecto de elementos probatorios que incidieron en la sentencia y que después de ésta aparecieron como falsos o de elementos de esa misma naturaleza que han aparecido luégo y que no pudieron ser presentados en oportunidad por obra de la parte a quien favoreció el fallo. Ante la naturaleza del recurso de revisión y en frente de la autoridad y seguridad de la cosa juzgada, el criterio que debe primar en él es taxativo y ceñido estrictamente a las normas fijadas por el legislador, con criterio restricto. En cuanto a los factores probatorios que incidieron en el fallo y que después fueron reconocidos como falsos, o que no pudieron incidir por obra de la parte favorecida, es necesario que en cada caso particular se presente la prueba adecuada dentro de la causal de revisión que se abra. El recurso de revisión no puede considerarse como una tercera instancia.

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

(Magistrado ponente: Dr. Liborio Escallón)

HECHOS

Isaac Martínez entabló juicio reivindicatorio contra Juan Ramón Medina, sobre un lote de terreno situado en el distrito de Yolombó.

En primera instancia y por sentencia de 24 de noviembre de mil novecientos treinta y uno, dictada por el Juez del Circuito de Yolombó prosperaron las peticiones de la parte actora.

En segunda instancia y por sentencia de nueve de noviembre de mil novecientos treinta y dos, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, revocó la del juez a quo y declaró que no era el caso de hacer ninguna de las declaraciones solicitadas en la demanda, base del juicio.

El Tribunal fundó su sentencia en que la escritura pública Nº 1079 de catorce de agosto de mil novecientos veintitrés de la Notaría 4ª de Medellín, que presentó como título de dominio el actor, no había sido inscrita debidamente, pues aparecía registrada en el libro Nº 2 y no en el Nº 1 como debe serlo.

Dentro de los dos años siguientes a la publicación de la sentencia, el apoderado de Isaac Martínez, inició el presente recurso de revisión, el cual admitido y tramitado debidamente, pasa a decidirse.

El recurrente basa su recurso, en el hecho de que hubo una equivocación, maliciosa o no, en el Registrador de Yolombó, quien certificó que la escritura 1078 de catorce de agosto de mil novecientos veintitrés estaba registrada en el libro Nº 2, cuando realmente lo está en el libro Nº 1.

Aparece de la escritura Nº 1079, que se acaba de citar, que los señores Lucrecio Vélez, como apoderado del doctor Fernando Vélez y de doña Helena Lalinde de Vélez, y Libardo López, como apoderado de doña Julia Lalinde de Restrepo, vendieron a Isaac Martínez y Carlos Velilla, un globo de terreno situado en los municipios de Yolombó y Cisneros, paraje del Nus, alinderado como aparece en dicha escritura.

Al pie de ella se halla la siguiente nota: "El suscrito Registrador de Instrumentos Públicos del Circuito de Yolombó, certifica: que la primera copia de esta séptima, fue registrada en el libro Nº 2, al folio 62 y vuelto, bajo el número 107. Derechos, $ 0,60.—Yolombó, abril 24 de 1928.—El Registrador suplente, Juan C. Ceballos M."

En el presente recurso de revisión, se trajo el siguiente certificado: "El Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Yolombó, certifica: Que a folio 218, libro primero, que corresponde al año de 1923, bajo el número 393, de 24 de agosto del año citado —1923— fue registrada la escritura Nº 1079, de 14 de agosto del mismo año de inscripción, pasada en la Notaría 4ª de Medellín, por medio de la cual los señores Lucrecio Vélez y Libardo López, el primero en su carácter de apoderado especial de los señores doctor Fernando Vélez y doña Elena Lalinde de Vélez; y el segundo, como apoderado de doña Julia Lalinde de Restrepo, venden a los señores Isaac Martínez y Carlos Velilla, un globo de terreno, situado en los municipios de Yolombó y Cisneros, paraje del Nus, alindado así: "Al occidente, la segunda quebrada de Olarte, línea recta al Alto Palmichal, por el

filo que cae a las juntas de las quebradas Cruces y Palmichala; al norte, quebrada Palmichala abajo, al mojón D. mil trescientos metros del río; de aquí, a línea recta al mojón Morro Tapado; por el camino dirección S. E. a la quebrada del Tapado; y por ésta abajo, al río Nus; al sur, río Nus arriba, hasta la segunda quebrada de Olarte, primer lindero..." La inscripción está suscrita por el señor Germán Gaviria O. Fechado en Yolombó a 3 de septiembre de 1934. Derechos, $ 0,60.—El Registrador, Alfredo Agudelo".

La sentencia del Tribunal se basó, como ya quedó expresado, en el hecho de que la escritura 1079 está mal registrada. Aquella corporación se expresó así: "se observa que la escritura 1079 en mención no ha sido registrada en el libro Nº 1º de la oficina de registro de Instrumentos Públicos de Yolombó, lugar donde debió ser registrada". De esta premisa dedujo la siguiente consecuencia: "como el actor no ha probado ser dueño de lo que reivindica, y, por tal motivo no existe la acción que invoca, no hay lugar a hacer estudio especial de las excepciones propuestas.

Sentado lo anterior, la Corte observa:

El legislador estableció en el artículo 542 del C. J. el recurso extraordinario de revisión, que por su misma naturaleza no tiene cabida sino en circunstancias especiales respecto del tiempo y respecto de elementos probatorios que incidieron en la sentencia y que después de ésta aparecieron como falsos o de elementos de esa misma naturaleza que han aparecido luégo y que no pudieron ser presentados en oportunidad por obra de la parte a quien favoreció el fallo.

Ante la naturaleza del recurso de revisión y en frente de la autoridad y seguridad de la cosa juzgada, el criterio que debe imperar en él, es taxativo y ceñido estrictamente a las normas fijadas por el legislador, con criterio restricto.

En cuanto al tiempo, el límite máximo son los dos años siguientes a la publicación de la sentencia, lo cual es claro, porque de otro modo todo fallo de la Corte o de un Tribunal Superior, estaría sujeto indefinidamente a ser materia de una demanda de revisión, con lo cual la seguridad y firmeza de la cosa juzgada desaparecería por completo.

En cuanto a la cuestión de fondo, es decir, en cuanto a los factores probatorios que incidieron en el fallo y que después fueron reconocidos como falsos, o que no pudieron incidir por obra de la parte favorecida, es necesario que en cada caso particular se presente la prueba adecuada dentro de la causal de revisión que se aduce.

Examinadas las cuatro causales de revisión se concluye que ellas han sido establecidas y tienen eficacia en cuanto provengan no sólo de hechos culpables, sino de hechos delictuosos, emanados de una de las partes, ya directamente, como cuando retienen una prueba decisiva y que favorecía a la parte contraria, ya cuando ha aducido documentos y testigos falsos, o también cuando la injusticia del fallo proviene de un hecho delictuoso del juez juzgador.

No ha querido el legislador que una sentencia dictada en alguna de estas condiciones vincule en derecho a las partes, pero si esto es así y tiende a destruír toda incidencia delictuosa en un proceso o en un fallo, también es cierto que el recurso de revisión no puede considerarse con una tercera instancia donde puedan las partes producir nuevas pruebas, o mejorar o complementar las que produjeron en las instancias del juicio.

La nueva prueba no obra en revisión, sino cuando se demuestra que fue retenida por fuerza mayor, o por obra de la parte favorecida y los documentos y testimonios que incidieron en la sentencia no pueden ser desestimados en revisión, sino cuando se demuestra la falsedad de los primeros o la condenación de los testigos falsos, y no sólo esto, sino que es necesario que esos documentos o esos testimonios hayan servido de fundamento del fallo cuya revisión se solicita.

En el caso que se estudia quien impetra la revisión ha invocado la causal segunda del artículo 542 del C. J. y esto hace necesario algunas consideraciones sobre la prueba.

La prueba se refiere a los hechos materiales y a los hechos jurídicos. Por regla general los hechos materiales pueden ser probados por todos los medios posibles, porque no se puede obligar a los interesados a procurarse siempre respecto de estos hechos una prueba regular. Por el contrario, la prueba de los actos jurídicos está en general sometida al régimen de las pruebas llamadas preconstituídas y cuando se trata de un acto solemne, la prueba para ese caso es por lo regular única. Así el contrato que sirve de título traslaticio de dominio de los bienes raíces no puede demostrarse en la legislación colombiana, sino mediante la escritura pública debidamente registrada.

En el caso que se estudia Isaac Martínez, para comprobar el dominio del lote cuya reivindicación demandó, adujo la escritura

1079 mencionada, registrada en el libro número 2º La carga de la prueba incumbía a Martínez y él estaba por lo tanto en la obligación de demostrar plenamente su aserto, obligación que lo llevaba a desplegar la debida diligencia y cuidado, para que su afirmación quedara legal y debidamente comprobada.

Al presentar la escritura 1079, registrada en el libro número 2 y puesto que la ignorancia de las leyes no excusa, debía saber Martínez que su título, de conformidad con el artículo 2653 del C. C. no podía hacer fe en juicio ni ante ninguna autoridad, puesto que debía ser registrado en el libro 1 (artículo 2641 del C. C.)

Por esta parte el descuido o falta de diligencia de Martínez lo perjudicaba, descuido o falta de diligencia que se ve de bulto si se considera que la escritura que presentó estaba desde el principio bien registrada.

Se tiene entonces que la prueba completa existía desde antes de la iniciación del juicio reivindicatorio y que Martínez tuvo medios suficientes para producirla.

En el presente caso, pueden considerar dos extremos: o se tiene la escritura 1079 registrada en el libro número 1 como una nueva prueba y entonces no es aceptable, porque según ya se expresó el recurso de revisión no es una tercera instancia, o se considera como mejoramiento o complemento de una prueba y entonces tampoco puede tener eficacia para el recurso de revisión, porque no está comprendido este factor dentro de las causales de revisión.

Al hablar el numeral 2º del artículo 542 de documentos que al tiempo de dictar la sentencia no eran conocidos como falsos por una de las partes, debe intepretarse el pensamiento del legislador en el sentido de que ese conocimiento haya sido imposible de obtenerse o sea que la parte perjudicada haya carecido de medios adecuados para caer en la cuenta de la falsedad de un documento, extremo que no resulta en este caso, toda vez que el actor tenía un medio fácil y expedito, que está al acceso de todos, cual era informase en la respectiva oficina de registro sobre la exactitud de la nota del registrador.

También contempla el legislador en la última parte del numeral 2º que se viene estudiando, el caso en que la falsedad del documento se haya reconocido o declarado después, pero a juicio de la Corte este reconocimiento no incide sino cuando la parte perjudicada careció de medios para conocer que era falso el documento, en las instancias del juicio. De otro modo todo descuido o falta de diligencia de una de las partes en la producción de sus pruebas podría llevar la revisión de los procesos.

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, estima infundado el recurso de revisión interpuesto, condena en las costas del recurso al recurrente Isaac Martínez, costas que previa tasación se tomarán de los doscientos pesos consignados por éste y el resto se enviará, por conducto de la secretaría de la Corte a la beneficencia pública.

Cancélese la inscripción de la demanda para cuyo efecto se librará el correspondiente oficio al Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Yolombó.

Devuélvase el proceso al Tribunal de su origen.

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

Antonio Rocha, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno Jaramillo, Juan Francisco Mújica, Eduardo Zuleta Angel.—Emilio Prieto Hernández, Srio. int.

DEMANDA DE NULIDAD DE UNOS TESTAMENTOS CERRADOS

Los arts. 1080, 1082 del C. C. y 11 de la ley 95 de 1890 en ninguna parte exigen que la cubierta del testamento cerrado lleve la constancia de que el testador hizo de viva voz y de manera que el Notario y los testigos lo vean, oigan y entiendan, la manifestación de que la cubierta encierra su testamento. Todos esos requisitos no es preciso hacerlos constar en la leyenda de la cubierta del testamento cuando el "de cujus" se halla en el caso del art. 1083.

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

(Magistrado ponente, doctor Antonio Rocha)

Las señoras Ana María Gómez v. de Silva y Angélica Camacho v. de Gómez, ésta como representante legal de sus menores hijos Amelia, Hernán y Enrique Gómez, pidieron que con audiencia del señor Cecilio Ríos, albacea instituído y en ejercicio del cargo, to-

dos vecinos de Charalá, se declarase nulos los testamentos cerrados otorgados por el señor Manuel Gómez Santos en los días 30 de junio y 24 de julio de 1926; intestada la sucesión de Gómez Santos y por sus herederos ab-intestato a los demandantes y a los citados menores, en representación éstos de su finado padre Luis Felipe Gómez Santos.

Los hechos fundamentales invocados fueron los siguientes: "Primero. Los testigos instrumentales no vieron ni oyeron que el testador Manuel Gómez Santos presentara al Notario y a los testigos las escrituras cerradas, declarando de viva voz que en aquellas escrituras se contenía su testamento. Segundo. Uno de los testigos es sordo y lo es desde antes del otorgamiento de los testamentos, tal es el señor Luis Francisco Reyes C.; de consiguiente no concurrieron los testigos legales. Tercero. Las personas que represento son herederas ab-intestato por ser hermanos legítimos del causante, la señora Ana María y el finado Luis Felipe Gómez, padre legítimo de los menores Amelia, Hernán y Enrique".

Los demandados negaron los hechos.

Ni el Juez del Circuito de Charalá, ni el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil, al fallar las respectivas instancias del juicio, éste último con fecha 26 de mayo de 1934, accedieron a las solicitudes; y absolvieron a los demandados.

Solamente a mediados del mes de julio del presente año de 1936 vino el negocio a la Corte en virtud de haber recurrido en casación la parte demandante.

El Tribunal para decidir el litigio en sentido absolutorio se apoya en los siguientes postulados:

Que el Juzgado del Circuito de Charalá declaró abiertos y públicos los testamentos en providencia de fecha 14 de agosto de 1930, en la cual se hace constar que los testigos instrumentales fueron examinados uno a uno y separadamente, y asimismo el Notario ante quien se hizo la presentación de los pliegos por el testador y que uno y otro reconocieron sus firmas y la identidad de los testamentos; pero que como esa providencia está en firme por no haberse pedido su nulidad o su ineficacia ni haberse destruído las atestaciones de que allí se hace mérito, mientras esa providencia esté en firme hay un obstáculo que impide al Tribunal fallar de conformidad con lo pedido, aunque estuviesen demostrados los hechos fundamentales del litigio.

Que los testigos instrumentales, cuando en este juicio declaran que sí son suyas las firmas que aparecen en las cubiertas de los testamentos pero que ignoran si es cierto su contenido, hacen una afirmación vaga sobre cuál sea el contenido que dicen ignorar, ya que los testamentos eran cerrados, y que si se quisieron referir a las actas escritas sobre las cubiertas no puede estimarse que las ignoren desde luego que estamparon allí sus firmas y las vuelven a reconocer como suyas.

Que la tacha de sordera relativa de uno de los testigos no es defecto físico que lo inhabilite para actuar como testigo instrumental, sin que del fallo resulte que el Tribunal estimara o no probada la sordera.

Y finalmente, que el principio que domina la interpretación de la ley relativa a la validez de los testamentos es el respeto a la voluntad del testador, voluntad que aquí no ha sido infirmada de manera alguna, porque, entre otras razones, si posteriormente algunos de los testigos sostiene que no oyeron que el testador expresara de viva voz que bajo la cubierta por firmar estaba su testamento, esos testimonios, que se refieren a la expresión hablada, no contradicen ni infirman el instrumento, ni el hecho de haber puesto el testador la palabra testamento sobre la cubierta, nuevamente identificada.

Estudio de los cargos de casación

1º Dice el recurrente que al tenor del art. 1080 del C. C. lo que constituye esencialmente el testamento cerrado es el acto en que el testador presenta al Notario y los testigos una escritura cerrada, declarando de viva voz y de manera que el Notario y los testigos lo vean, oigan y entiendan que en aquella escritura se contiene su testamento. Pero que esos elementos esenciales no aparecen demostrados en las actas de las cubiertas de los testamentos; y como esa omisión es una causa de nulidad según el art. 11 de la ley 95 de 1890, el Tribunal, que no advirtió esa omisión en el texto de las actas, que son auténticas, cometió un error de derecho al apreciarlas como prueba y les dio un valor que la ley les niega, por lo cual a consecuencia de ese error de derecho violó tanto el art. 1080 del C. C. como el 11 de la ley 95 de 1890.

La Corte considera:

Ambas actas son de un mismo tenor, salvas las variaciones de fecha y del nombre de algunos de los testigos. Dicen así: "Testamento. En el municipio de Charalá, el día veinticuatro (24) de julio de mil novecientos veintiseis (1926), ante mí, Manuel M. Arias, Notario principal de este Circuito y

ante los testigos señores Marco A. Urrea, Temístocles del Busto, Pedro Emilio Silva, Marco A. Caballero y Concepción Higuera, mayores de dicciocho (18) años, vecinos de este municipio, y en quienes no concurre causal de impedimento, compareció el señor Manuel Gómez S., vecino de este municipio, quien hallándose en su cabal juicio y siendo mayor de edad, me presentó esta cubierta cerrada y sellada con tres sellos de lacre rojo con una estrella cada uno de ellos, y me manifestó delante de los testigos expresados que dentro de tal cubierta se encuentra su testamento, que adiciona el otorgado en días pasados. En fe de lo cual se firma esta diligencia por el testador y los testigos expresados por ante mí que doy fe y anulo cuatro estampillas. . . ."

El cargo no es aceptable, porque los arts. 1080, 1082 del C. C. y 11 de la ley 95 de 1890, que eran los únicos aplicables al caso de autos antes de la ley 30 de 1931, en ninguna parte exigen que la cubierta del testamento cerrado lleve las precisas constancias que echa de menos el recurrente, es decir, que allí se diga que el testador hizo de viva voz y de manera que el Notario y los estigos lo vean, oigan y entiendan, la manifestación de que la cubierta encierra su testamento. De modo que en el supuesto de que la leyenda trascrita no trajera la atestación que el recurrente extraña, no habría incurrido el Tribunal, como no incurrió, en el error de tenerla como prueba. Todos esos requisitos no es preciso hacerlos constar en la leyenda de la cubierta del testamento cuando el de cujus se halla en el caso del art. 1080. Con todo, ella se trascribe, con el fin de que se vea que a pesar de ser exigencia legal, sí se dejó la atestación.

2º Dice el recurrente que contra la aseveración del Tribunal de que las declaraciones de los testigos instrumentales son ambiguas, está el contexto mismo de las deposiciones, que las muestran muy claras y precisas tanto en el sentido de reconocerse por los testigos sus firmas y que el testamento estaba sobre la mesa cuando lo firmaron, como al decir que no presenciaron que el testador entregara al Notario y a los testigos una escritura cerrada haciendo la declaración de viva voz de que en ella se contenía su testamento. Luego hallándose esa prueba en el caso del art. 697 del C. J., ha debido el Tribunal tenerla por plena, y como no la tuvo, cometió un error de derecho en su apreciación, con violación de dicho artículo y de los mismos que en el cargo anterior se señalaron como infringidos.

La Corte considera:

Es verdad que los testigos instrumentales después de reconocer las cubiertas de los testamentos cerrados otorgados por Gómez Santos y la autenticidad de sus firmas, afirman o que no recuerdan, o, como la mayor parte lo dicen, que no presenciaron "que el testador señor Manuel Gómez Santos presentara al Notario y a los testigos una escritura cerrada, ni tampoco declarara de viva voz y de manera que el Notario y los testigos lo viéramos, lo oyéramos y entendiéramos, que en aquella escritura se encontraba su testamento".

Pero también es verdad que ninguno de ellos manifiesta la menor duda ni sobre la identidad de los testamentos ni de la persona del testador, ni de que aquéllos correspondan a éste, ni de la realidad de la escena en que el testador hizo al Notario la entrega de sus disposiciones de última voluntad; y esa seguridad se refuerza con la circunstancia de que al presentar el testador el segundo testamento le manifiesta al Notario que con él adiciona el otorgado en días anteriores. Ni de la letra ni del sentido de la demanda y tampoco de ninguna de las piezas que obran en el expediente se echa de ver que el demandante o los funcionarios o los testigos que han intervenido en el proceso manifiestan alguna duda en aquél sentido. Todo lo contrario: de este precepto resulta una contradicción palpitante entre la aceptación unánime de que Gómez Santos testó y quiso testar en esta forma y la manera como se ataca la realidad de la voluntad del testador por la falta de un detalle que no va contra esa voluntad.

Si las referidas declaraciones pusieran de manifiesto alguna solución de continuidad entre lo que se hizo y lo que se quiso hacer o entre lo actuado y la voluntad del autor de los testamentos, ellas tendrían la fuerza de destrucción que ha querido destacar el art. 1080 del C. C., precisamente para que en últimas resulte triunfando la voluntad del testador, que es la razón que ha tenido la ley para rodear esa voluntad de ciertos requisitos que la hagan auténtica e indiscutible.

El Tribunal hizo muy bien en apreciar en conjunto todas las pruebas para tener aquello por cierto y si ellas no llevaron a su ánimo duda alguna acerca de la identidad de la persona del testador y de que los testamentos fueron los que él quiso otorgar, consultó el verdadero espíritu de la ley. El Tribunal, al observar, que hay vaguedad en las declaraciones, en un sentido no atacado por el recurrente, no niega el contexto de lo declarado por los testigos sino la falta de fuerza de ese contenido para desvirtuar lo que

el Notario afirma en documento auténtico, o sea que estando presentes los testigos el testador le entregó los pliegos cerrados y que testador, Notario y tetigos firmaron por ser de autor cierto.

El Tribunal, pues, tiene en cuenta que estando firmadas las dos cubiertas por el Notario y por los testigos instrumentales, y atestando ellas cómo se hizo su presentación por el testador, su contenido hace plena fe contra los declarantes, por serlo de documento auténtico, lo cual está de acuerdo con el art. 1759, segundo inciso, del C. C. Y el Tribunal estima con razón que esa plena fe debe mantenerse mientras los mismos declarantes no la destruyan con datos o hechos de suficiente fuerza de convicción, y en ese sentido encontró vagos e ineficaces tales testimonios, y mantuvo la fe debida a la atestación de los mismos testigos y del Notario en el cuerpo de las actas auténticas, lo que es inobjetable.

No es, pues, fundado el cargo de violación de los arts. 1080 del C. C. y 11 de la ley 95 de 1890.

3º—Dice también el recurrente que el testigo Luis Francisco Reyes no podía servir de instrumental por ser sordo, y que si lo es queda otorgado el testamento ante cuatro testigos, por lo cual la sentencia viola los artículos 1068 y 1078 del C. C.

Se considera:

El Tribunal no se pronuncia expresamente sobre las declaraciones traídas al juicio para demostrar la sordera del testigo; apenas habla de sordera relativa; pero por el contexto del corto párrafo en que se refiere a esa cuestión se deduce que no lo estimó como tál, es decir que no está comprobada la tacha. Si esa apreciación del Tribunal es el resultado de su convicción a través de las pruebas, la acusación ha debido ser por error evidente de hecho como resultado de la mala apreciación o de la falta de apreciación de ellas, y por infundada que fuera la convicción del fallador, la violación de la ley no puede demostrarse sino a través del error evidente debido a la apreciación de las pruebas concernientes al estado físico del testigo.

La Corte no puede entrar a estudiar el valor intrínseco y el efecto probatorio de las declaraciones relativas a la sordera del testigo Reyes sino a través de una acusación precisa de error de hecho o de derecho, y que el primero aparezca de modo manifiesto en los autos. De no ser así hay que mantener intacta la convicción del fallador de instancia.

4º—Finalmente, el recurrente considera que hubo error en la apreciación de la demanda, pues aunque reconoce que en realidad no se pidió la nulidad de la sentencia del Juez que declaró abiertos y públicos los testamentos de Manuel Gómez Santos, tal petición ha debido tenerse por tácitamente hecha, porque no se comprende cómo al pedir la nulidad de los testamentos mismos no se entiende pedida la de una pieza judicial que parte de la base de su validez.

Tampoco señala el recurrente disposición alguna que de ser cierto su cargo resultare violada por el Tribunal, lo cual impide a la Corte cumplir la misión que le encomienda la ley.

Por razón de lo que se deja expuesto, 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 de fecha veintiséis de mayo de mil novecientos treinta y cuatro dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil.

Sin costas por no haberse causado.

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, Srio. int.

DEMANDA DE NULIDAD POR SIMULACION, DE RESTITUCION DE BIENES, PAGO DE FRUTOS, Etc.

1.—La acción de nulidad absoluta, tal como reza el artículo 15 de la Ley 95 de 1890, puede ser ejercitada por los herederos de quien celebró el acto o contrato nulo.—2.—La doctrina anterior conforme a la cual toda simulación implicaba de suyo nulidad, debió hacer una salvedad al artículo 1748 del C. C. en relación con terceros para resguardar la buena fe de éstos. La doctrina que hoy prevalece tiene la fortuna de evitar esa salvedad no establecida por el legislador, pues que al no ver como consecuencia o fruto obligado de una simulación una nulidad, no tropieza con el alcance pleno que a ésta da la disposición citada.—3.—El interés jurídico a que alude el artículo 15 de la Ley 95 de 1890 es algo que no se opone al interés material correspondiente ni se identifica con las cosas mismas, y que no se extingue por las dificultades o cambios que respecto de este último puedan, en su caso, ocurrir.—4.—Ante la doctrina que no halla en la simulación por sí sola indefectiblemente una nulidad, sino una mera dualidad de contratos: el ostensible o aparente y el efectivo u oculto que sale a la luz cuando la simulación se demuestra, ocurre la obligación de estudiar este último en sí mismo, ya para declararlo nulo cuando efectivamente lo sea por ilicitud de causa u objeto o por cualquier otro motivo, ya para reconocerle todo su eficacia en caso contrario y regir a las partes por lo que, así las cosas, se demuestre haber sido verdaderamente su voluntad. Si la contienda es entre las partes contratantes, es claro que teniendo para ellas el instrumento público que otorgaron la fuerza establecida por el artículo 1759 del C. C., para vencer ésta debe presentarse prueba de igual capacidad, y que rigen entre partes las consiguientes limitaciones aludidas, tanto sobre lo que puede ser objeto de probanzas como sobre los medios probatorios.—5.—El beneficio de inventario es una limitación del heredero aceptante para ante los acreedores del difunto. No gozar de ese beneficio no significa otra cosa que no poder invocar esa limitación, sino tener, por el contrario, el heredero que atender con sus bienes al posible exceso de las deudas sobre lo heredado, en su cuota respectiva (C. C. artículo 1411). Pero la confusión de patrimonios es un fenómeno distinto. A ésta, en su caso, pueden oponerse los acreedores del difunto con el llamado beneficio de separación, establecido para librarlos del peligro de que los bienes de éste, en vez de aplicarse a pagar sus deudas, vayan a atender a las personales del heredero (C. C. artículos 1436 y siguientes). 6.—El hecho de reconocer la Corte que en la simulación hay dos contratos, el aparente y el oculto salido a la luz cuando aquélla se demuestra, y que, hecha tal demostración, no para el problema ahí declarando a ciegas una nulidad, sino que debe entrarse en el estudio del contrato salido así a luz, ya para anularlo en su caso, ya para hacerlo cumplir si adolece de vicio, puesto que es el que contiene la voluntad de los contratantes, no puede significar en el presente litigio que por haberse pasado de la simulación a la nulidad absoluta en la inteligencia de que ésta se deduce obligadamente de aquélla, haya de casarse el fallo recurrido.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil. Bogotá, doce de diciembre de mil novecientos treinta y tres.

(Magistrado ponente, Dr. Ricardo Hinestrosa Daza).

Carlota, Eustasio y Manuel Villoria iniciaron juicio ordinario contra Flaminio Camacho y, mediante adición de su primitivo libelo, contra Eduardo Camacho también, a fin de que se hagan las varias declaraciones allí expresadas, entre las cuales, para el recurso de casación en que ahora se está, basta traer a cuento ésta: nulidad por simulación de la venta que aparece haciendo la señora Francisca Polanía de Villoria a dicho don Flaminio, de los derechos de aquella señora en el globo de tierra denominado La Granja y en el lote de Agua Blanca de San Cayetano, antigua hacienda de Agua Blanca, jurisdicción del Guamo, y de la venta que aparece haciendo don Flaminio a su hijo Eduardo de los mismos bienes, por medio de las escrituras públicas otorgadas respectivamente el 8 de julio de 1924, con el número 21 en la Notaría del Espinal, y el 5 de julio de 1928, con el número 2153, en la 1ª de Bogotá.

Son vecinos de Santa Rosa los demandados y los demandantes Carlota y Manuel, y del Espinal el demandante Eustacio.

El Juzgado del Circuito del Espinal, en donde se siguió la primera instancia, la falló haciendo las más de las declaraciones suplicadas, entre ellas cardinalmente la de la referida nulidad. Por apelación de los demandados se surtió segunda instancia en el Tribunal de Ibagué, en donde esa simula-

ción se confirmó por sentencia reformatoria en otros puntos de la del Juzgado y contra la cual ambos demandados interpusieron casación, recurso que se tramitó debidamente y que pasa a decidirse.

ANTECEDENTES

Se resumen así: en la causa mortuoria del doctor Manuel Antonio Villoria, protocolada en El Guamo el 4 de febrero de 1891, se adjudicaron en común sus bienes por igual entre sí, o sea, por quintas partes proindiviso a sus hijos Carlota, Eustacio, Manuel y Lastenia (casada ésta hoy con el señor Flaminio Camacho) y su viuda señora Francisca Polanía de Villorio; la parte de esta señora en los bienes a que se refiere el presente pleito aparece vendida por ella en la citada escritura del Espinal de 1924 al señor Flaminio Camacho y por éste a su hijo Eduardo, una vez incoado este pleito, en la citada escritura de julio de 1928, y los demandantes como herederos de su madre, han pedido y obtenido la declaración de nulidad de estas dos compraventas y las consiguientes declaraciones sobre pago de frutos, restitución de lo aparentemente vendido y cancelación del registro de aquellos instrumentos y la orden de restitución de los referidos bienes a la sucesión de la señora Polanía.

EL RECURSO

Sentencia y recurso parten del concepto, hasta ahora prevalente en nuestra jurisprudencia, de que la simulación implica nulidad, acerca de lo cual, a más de lo que en el fondo del problema jurídico envuelto en ello habrá de exponerse en el curso del presente fallo, conviene desde luego advertir que, aunque el personal actual de esta Sala distingue entre esos dos fenómenos, de aquí no se deduce que no haya de considerarse el recurso en sus varias fases, tal como se formuló, entre otras razones por la decisiva de que, aun afirmando haber nulidad, no por eso dejaron los demandantes de sostener la simulación ni de pedir se declarase, ni deja el litigio de tener este problema como su verdadero eje y razón y finalidad, ni deja el recurso de estar formulado oportunamente sobre aquel pie; de donde se deduce que si, a pretexto de distinguir ahora entre simulación y nulidad, la Corte, por haberse demandado ésta, dejase de entrar en el fondo del recurso, desobedecería un precepto tan interesante a los derechos ciudadanos como es el contenido en las disposiciones pertinentes del C. J. (artículos 470 y siguientes), muy especialmente aquélla según la cual (artículo 471, inciso 2º) la sentencia en su parte resolutiva debe hacer el pronunciamiento correspondiente a cada uno de los puntos litigiosos. Por su lado los recurrentes han hecho de ese punto la materia cardinal de sus ataques, en alegatos que llenan las exigencias de la ley (artículo 531, ibídem).

El presente recurso versa sobre esa alegación y sus referidas consecuencias. Separadamente, con sendos apoderados, lo han fundado los reos. Pasan a estudiarse en el orden de que habla el C. J. en su artículo 537 los cargos hechos a la sentencia recurrida por esos dos alegatos en que extensa y prolijamente se estudian los varios problemas allí mismo planteados en relación con tales fallo y contratos, con las probanzas conducentes y con las disposiciones legales que en cita abundante indican uno y otro como violadas por el Tribunal. Como es obvio, esos cargos coinciden en su mayor parte, por lo cual el estudio de cada uno ha de referirse a los dos.

* * *

1. Suscitan de nuevo y ante todo la cuestión, tratada de antiguo repetidamente, sobre si los causahabientes de quien no pudo alegar una nulidad absoluta, por haber sido parte en el contrato nulo, pueden, sin embargo, ejercitar, ellos sí, esa acción. El recurso del apoderado del señor Flaminio Camacho presenta como primera causal ésta, negando tal posibilidad y declarando que el Tribunal, al optar por la afirmativa, violó la disposición legal que establecía la prohibición en referencia (Ley 95 de 1890, artículo 15) y las que definen qué es heredero y hacen de éstos la continuación de su autor, en forma que, como tales herederos, no pueden tener lo que éste no tuvo (artículos 1008 y 1555 del C. C.); y que violó igualmente el artículo 474 del C. J. actual (831 y 846 del anterior), que establece o define la identidad jurídica entre el causante y sus herederos.

Estima la Corte que cuando se está ante una nulidad absoluta, tal como rezaba el citado artículo 15 (hoy el 2º de la Ley 50 de 1936) la respectiva acción existe por ese hecho; de manera que el impedimento de invocarla o ejercitarla bajo el cual se ponía allí a quien fue contratante a sabiendas del vicio, no significa que para ante él o para ante alguien no sea nulo lo que comienza por afirmarse y darse por sentado que sí lo es, sino que a ese contratante se le suje-

ta a la pena de no poder alegarlo, pena de orden visiblemente personal, nacida cabalmente de ser contratante en esa forma, y de hallarse por razones de moralidad en la imposibilidad de invocar en su favor su propia falta.

Muerto el contratante desaparece con él esa imposibilidad personal, esa sanción que no podía aberrantemente caer sobre sus herederos, y como éstos le suceden en sus bienes relictos, entre los cuales se halla esa acción que ellos sí no están impedidos para ejercitar, ellos válidamente la ejercitan. No podría considerarse esta prohibición como formando parte de las obligaciones trasmisibles del de cujus, entre otros motivos por no ser una obligación. Es un arma que no podía esgrimir él, aunque sí se hallaba en su patrimonio, en el que le suceden sus herederos. Y éstos no se encuentran bajo la imposibilidad, porque no fueron la persona contratante.

Lo dicho hace ver cuán distintas son las cosas de como las presentan las objecciones dichas, según las cuales parece que el Tribunal procedió en el concepto de que por el hecho de la muerte del contratante y en favor de sus herederos viniera a nacer o producirse una acción que antes de esa muerte no existía, o que venga aquélla a crearse en razón de esta muerte para atribuírsela graciosamente a los herederos obsequiándolos con algo que no existía en la vida ni en el patrimonio de su causante.

Si un delincuente condenado a cierta pena fallece sin haberla cumplido, sus herederos no están bajo la obligación de sufrirla, y al propio tiempo sí se hallan en la de pagar la indemnización que civilmente corresponda.

Otro tanto ocurre pensar respecto de los demás ejemplos análogos aducibles, en que forzosamente se opera la trasmisión establecida por el legislador al definir qué es herencia y quién es heredero y al decir cómo éste continúa la persona de su autor y en qué.

Dedúcese de lo antedicho que hoy la Corte, insistiendo en la doctrina seguida crónicamente por esta corporación y uniformemente sostenida en repetidos fallos, halla inadmisible el cargo de violación de las citadas disposiciones legales (artículos 15 de la Ley 95 de 1890, 1008 y 1255 del C. C. y 474 del C. J.) en el concepto que acaba de estudiarse.

No sobra advertir que la prohibición referida la suprimió el artículo 2º de la Ley 50 de 1936 que reemplaza hoy el artículo 15 de la Ley 95 de 1890.

II. Conforme a la doctrina que se había venido sosteniendo, según la cual toda simulación implicaba de suyo nulidad, se había tenido que hacer una salvedad al artículo 1748 del C. C., cuando da a la nulidad judicialmente pronunciada acción contra terceros, salvedad encaminada a resguardar la buena fe de éstos, en su caso. La doctrina acogida ahora por esta Corporación tiene la fortuna de evitar esa salvedad no establecida por el legislador, pues que al no ver como consecuencia o fruto obligado de una simulación una nulidad, no tropieza con el alcance pleno que a ésta da la disposición que acaba de citarse, y concretando el respectivo fallo a la simulación de que en su caso se trate, deja a los terceros bajo el amparo que les brinda el artículo 1765 del C. C.

Pero aún dentro de la doctrina anterior, a que, como era lo natural, se ajustan la sentencia recurrida y las demandas de casación en el presente pleito, no es aceptable la acusación consistente en violación de aquellas disposiciones legales en relación con el artículo 1746 del mismo Código, por no poder ser restituídas las partes al estado anterior del contrato.

Este cargo, en el presente recurso, se formula en suma así: si triunfaran los demandantes en su acción contra Flaminio, éste sería condenado a restituir, lo que tropezaría con el escollo de que lo restituído no se halla en sus manos, porque antes de notificársele la demanda había salido de ellas pasando a las de su hijo Eduardo, que es un tercero de buena fe contra quien, por lo mismo, no tendría alcance ese triunfo.

El cargo, como se dijo, aun dentro de la referida doctrina anterior, es inaceptable, tanto porque Eduardo Camacho, por lo que se dirá adelante, no puede considerarse de buena fe, cuanto porque, siendo parte litigante en este mismo juicio, no es el tercero extraño al aludido triunfo, dado el modo de establecerse y seguirse el pleito y las causales y hechos fundamentales de la demanda y su adición.

El caso es que no se mira la sola escritura entre la señora Polanía y el señor Flaminio Camacho en la que Eduardo no fue parte contratante, sino que se habla de la cuestión aquí planteada y del problema de este pleito en su conjunto, para considerar el cual debidamente mal se haría en mirar aquel instrumento aislado.

Esas mismas razones que adelante se verán y a que acaba de aludirse impiden escuchar la alegación nacida de haber esquivado el primer demandado la notificación de la demanda para, entre tanto, apresurarse a enajenar a su hijo lo demandado, a fin de

lograr una situación de hecho que, determinando la imposibilidad material de restituir las cosas a su estado anterior, le permitiera invocar así válidamente la interposición de otra persona de quien aspiró a que se le tuviese por tercero: nemo auditur propiam turpitudinem allegans.

* * *

De lo dicho se deduce también el rechazo de la acusación relativa al mismo artículo 15 de la Ley 95 de 1890 en el concepto de que, no pudiendo llegar el triunfo de los demandantes a la recuperación de los bienes por haber de por medio un tercero de buena fe, carecen del interés exigido por esa disposición para que alguien pueda demandar su nulidad.

No sobra agregar estas observaciones: si, de un lado, no puede negarse que ese interés lo tenga el heredero de un vendedor putativo, lo que no niega la parte recurrente, de otro lado no puede negarse tampoco que el interés jurídico a que aquella disposición mira es algo que no se opone al interés material correspondiente ni se identifica con las cosas mismas, y que no se extingue por las dificultades o cambios que respecto de esto último puedan, en su caso, ocurrir. Así, el éxito de tal heredero en su caso, no desaparece porque el comprador putativo haya enajenado a tercero y éste de veras sea tercero de buena fe, puesto que cuando quiera que estos hechos sobrevienen, se acude al obligado recurso supletorio de las equivalencias, de que nuestras leyes dan repetido ejemplo, como en la acción de perjuicios por incumplimiento de obligación de hacer (C. C., artículo 1610) o de no hacer (artículo 1612, ibídem) o en el caso en que la acción directa contra terceros deje incompleta la del que venció en petición de herencia (1825, ibídem).

* * *

III. Artículos 1769 del C. C. y 608, 596, 697 y 699 del C. J. actual y 607, 609, 562 y 544 del anterior.

El primero de estos artículos define la confesión o por mejor decir, la fuerza de este medio probatorio. El 596 obliga a ceñir las pruebas al objeto materia de la decisión y declara inadmisibles las inconducentes y las legalmente ineficaces, el 608 determina la fuerza probatoria de la confesión extrajudicial; el 697 exige en plena prueba dos declaraciones de testigos hábiles concordantes en el hecho y en su modo, tiempo y lugar, y el 699 al negar a las declaraciones sobre palabras alcance probatorio sobre los hechos, se la reconoce sobre aquéllos, en las circunstancias allí mismo indicadas. El 544 del antiguo Código es análogo al 596 del nuevo; el 562 se refiere a la confesión extrajudicial; el 607 a la fuerza probatoria de dos testigos hábiles, en forma análoga al 697, y el 609 a las declaraciones sobre palabras, tal como el 699 ya citado.

El fundamento del cargo de violación de estas disposiciones se resume así:

Los testigos citados al respecto, trascribiendo los párrafos pertinentes del fallo recurrido, no rinden declaraciones que puedan fundar la evidencia del concepto del Tribunal, según el cual no hubo intención de la señora Polanía de transferir al señor Camacho los bienes en referencia, a que el Tribunal agrega que la que hubo por parte de ella fue la de donárselos para la educación de los hijos de él, nietos de ella, o de conferirle un mandato consistente en aplicar esos bienes a esa finalidad. Anota el recurso que el Tribunal admite la confesión de la señora como capaz de perjudicar al comprador y que da al contrato efectivamente celebrado que fue de compraventa, una calidad y nombre que no le corresponden.

De ahí se deducen y discriminan estos cargos: 1º, error de hecho y de derecho al dar a esas declaraciones un valor que legalmente no tienen, que es el de plena prueba, pues carecen de los elementos requeridos al efecto por el artículo 607 del C. J. anterior y 697 del actual; 2º, a más de no concordar en las circunstancias de modo, tiempo y lugar y de no precisar la escritura a que se refieren, si la hoy atacada o una de años atrás que en confianza otorgó a Flaminio la misma señora Polanía y qe él "le devolvió", no son uniformes respecto de las palabras que dicen haber oído a las partes ni de las circunstancias que puedan modificar su sentido, por lo cual se violan, a más de esos artículos, el 609 del C. J. antiguo y el 699 del actual; 3º, aunque no fueran tachables esos testimonios por esos conceptos, de esa prueba resultaría sólo una confesión extrajudicial del señor Camacho (Flaminio) y no una prueba plena, por lo cual se violan, además, los artículos 562 del C. J. anterior y 608 del nuevo; 4º, violación del artículo 544 del C. J. antiguo y del 596 del actual, en cuanto es inconducente y sin embargo el Tribunal admite, la confesión de la señora Polanía, vendedor, en juicio contra el señor Camacho, comprador, y la confesión no perjudica sino

a quien la hace, según los artículos 1769 del C. C. y 574 del C. J.

Pasa a estudiarse este cargo o grupo de cargos, referentes todos a las declaraciones aludidas, o sea las de los testigos señores Joaquín González, Isaías Guzmán, Eustaquio Torres, Severiano Sánchez y Antonio Cárdenas, declarantes que rindieron su testimonio en la primera instancia, según se ve en el Cdno. 2º a folios 78 vuelto y siguientes.

González declara haber estado en casa de la señora Polanía y, entre otras cosas pertinentes al contrato y al otorgamiento de la escritura con Flaminio Camacho, que éste le manifestó el día siguiente de otorgada que esa escritura era de confianza. Declara, pues, sobre confesión personal de Camacho. El reparo que se le hace de no precisar la fecha en que se otorgó aquel instrumento, con lo cual se sugiere contradicción con su afirmación de que esa voz de Camacho se la dio al día siguiente, no tiene el alcance que el recurrente le da al destacar los dos conceptos. Leída detenidamente esa declaración y estimada, como debe hacerse, en su conjunto, se encuentra que estuvo en la casa donde yacía enferma la señora y vio que el Notario llegó y oyó que ella advirtió al Notario que ella no se entendía con el asunto de pólizas, que esto era con Flaminio, y que en ese momento salió este señor y con el Notario se encerraron a escribir "lo de la venta de los bienes de la señora a Camacho". Perfectamente pudo suceder que el testigo González supiera con precisión cuándo se procedió a la diligencia de otorgamiento, sin que por eso pueda hallarse la contradicción anotada. Y, de otro lado, puede no precisar la fecha y sí recordar que a renglón seguido de todo ello oyó a Camacho lo que ahora declara. Más aún: el hecho de hacer el testigo esa salvedad indica su escrúpulo de declarante veraz.

No se transcriben las demás declaraciones de González en su larga exposición, por no ser pertinentes al punto del recurso en cuyo estudio se está. Tan sólo se agrega, por la pertinencia, según se verá adelante, que afirma el testigo que a los seis u ocho días de otorgada esa escritura la señora Polanía le dijo que no tenía (ella) un centavo, haciendo cuenta de cómo había gastado los veinticinco pesos que tenía como resto del arriendo de sus fincas, y que días después no tuvo ella dinero para comprar unas drogas que valían cinco mil pesos (Cdno. 2º, folios 78 vuelto a 80). La declaración se rindió el 20 de mayo de 1930.

Guzmán declara por ante el Juez Municipal del Guamo como comisionado, el 15 de ese mayo, según se ve a folios 86 vuelto, 86 y 87, ibídem, en forma enteramente análoga, y que no deja lugar a duda sobre la identidad de la escritura a que se refiere, ni sobre que él afirma que Camacho le manifestó que era de confianza, así como sobre que la señora Polanía carecía de dinero a raíz de otorgada esa escritura.

Torres declaró el 23 de abril de aquel año (1930) por ante el Juzgado Municipal de Santa Rosa, comisionado al efecto por el de la causa, tal como se lee del folio 98 vuelto al 100 de dicho cuaderno 2º; y afirma que Flaminio Camacho, al ser requerido por su cuñada Carlota sobre devolución de la escritura en referencia, se denegó a hacerlo manifestando que la señora Villoria le había dejado eso para la educación de sus hijos (de Camacho). Agrega el testigo ser público y notorio en El Espinal y Santa Rosa que esa escritura fue de confianza, y que Camacho nada pagó a la señora Polanía como precio. Agrega, además, que esta señora murió completamente pobre y que sus bienes vendidos a Camacho aparentemente en diez y seis mil pesos, valían más de treinta mil.

Sánchez (folios 105 vuelto a 107 frente, ibídem), declara ante el Juez Municipal de Santa Rosa, comisionado al efecto, el 5 de dicho mayo (1930), acerca de la citada voz pública y agrega que la señora Polanía siguió recibiendo hasta su muerte los arriendos de sus fincas.

Cárdenas (folios 110 y 111, ibídem), declara ante el Juez de la causa el 24 de dicho mayo, acerca de esa fama pública y también afirma que Flaminio Camacho le dijo que esa escritura era de confianza. Advierte que una vez le dijo que eso era para favorecerlo a él, a su hija Elisabeth y a su cuñada Carlota, a quien tendría que hacerle escritura de su parte; que otra vez le dijo que eso era para la educación de sus hijos (los de Camacho), y que otra vez le dijo que la escritura era verdadera y que había pagado el precio. Dice que lo vendido valía más de cincuenta mil pesos.

Estos testigos, además, están acordes en que Camacho no tenía dinero para hacer esa compra; y que la señora Polanía quiso primeramente que la escritura se la recibiera su hija Carlota y que por haberse ésta denegado, la hizo al señor Camacho, de quien antes tenía prueba de honradez por haberle devuelto otra escritura análoga que le había otorgado y, aunque en formas distintas, en el fondo concuerdan en que el ánimo de la señora Polanía era el de favorecer a sus nietos (los hijos de Camacho), preocupada con su educación, que los hijos de ella no tuvieron, y a su hija Carlota; pero no el de hacer a Camacho dueño de sus bienes.

La atenta lectura de estas declaraciones hace ver que no se justifica el cargo de errónea apreciación que el recurrente formula al Tribunal al respecto, pues sí forman plena prueba acerca de los hechos sobre los cuales concuerdan y acerca de sus detalles. Claro es que de detalles lo que interesa es lo pertinente al fondo mismo, al hecho cardinal.

Si efectivamente los testigos (dos que fueran), declaran que Flaminio Camacho les dijo que esa escritura era simulada o en confianza, que a la verdad él no había comprado, no hay error en deducir de ahí la confesión extrajudicial de él sobre este hecho decisivo. Y el art. 608 del C. J., que el recurrente dice violado por este cabal concepto, autoriza al Juzgador expresamente para reconocerle mérito de plena prueba si a su juicio "no queda duda alguna acerca de la confesión misma".

Se concreta este pasaje de la presente sentencia a esas cinco declaraciones, porque se está estudiando en él el cargo tal como se formuló, relacionándolo sólo con estos cinco testigos; pero debe advertirse que hay muchos otros que separadamente deponen sobre unos u otros de los varios hechos culminantes aludidos.

IV. Violación de los artículos 740, 2142, 1602 y 1757 del C. C. y 91 del la ley 153 de 1887.

Según el recurso, el Tribunal desnaturaliza la convención en referencia, porque le da la calidad de mandato, y viola los dos primeros artículos que aquí se citan porque confunde el título con el modo, siendo así que en el pleito —dice— no se discute la validez o la invalidez de la tradición sino la nulidad del contrato; de ahí deduce la indebida aplicación del art. 740; y la del 2142 la deduce de que, no siendo mandato ese contrato, se desoyó esta disposición que lo define.

La violación de los restantes artículos de este grupo se hace consistir en que la sentencia, desconoce el contrato de compraventa celebrado, admite prueba de testigos sobre contrato que debió celebrarse y se celebró por escrito, y admite tales pruebas para alterar sustancialmente lo expresado en un documento público.

Se considera:

Como era lo natural y ya se advirtió que efectivamente así ha sucedido, la sentencia se dictó y tanto la demanda inicial como la de casación se formularon sobre el pie que correspondía a la doctrina que ha prevalecido, según la cual una simulación implica de suyo una nulidad.

Sobre ese pie, en los litigios de nulidad por simulación se admitieron las diversas pruebas que en cada caso podían los demantes procurarse para acreditar los hechos fundamento de su pretensión, porque en pro de esa admisibilidad quedó descartada la noción de identidad entre el contrato solemne y su solemnidad, por una parte, y por otra, se reconoció que la acción misma no podía prosperar ni aun invocarse siquiera si contra ella hubiera de argüirse como impenetrable muro el instrumento público, a la luz del art. 1759 del C. C., o el privado, que tiene la fuerza de aquél en los casos del art. 1761 ibídem.

Así las cosas, aun dentro de aquella doctrina misma no prosperó la objeción consistente en no poderse alterar con declaraciones de testigos lo consignado en una escritura pública, en lo que no se dejó de escuchar fielmente la ley 153 en sus artículos 91 a 93, puesto que estas disposiciones perfectamente lógicas y armónicas entre sí, reglamentan a cabalidad la materia. En efecto: si el 91 cierra en principio la entrada a la prueba testimonial para los fines allí expresados, el 92 exceptúa el caso de haber principio de prueba por escrito, y a su turno, el art. 93 in fine llega a no exigir en los casos allí mismo expresados aquel elemento (principio de prueba por escrito).

Ahora ante la doctrina que no halla en la simulación por sí sola indefectiblemente una nulidad, sino una mera dualidad de contratos: el ostensible o aparente y el efectivo u oculto que sale a la luz cuando la simulación se demuestra, ocurre la obligación de estudiar este último en sí mismo, ya para declararlo nulo cuando efectivamente lo sea por ilicitud de causa u objeto o por cualquier otro motivo, ya para reconocerle toda su eficacia en caso contrario y regir a las partes por lo que, así las cosas, se demuestra haber sido verdaderamente su voluntad.

Si la contienda es entre las partes contratantes, es claro que teniendo para ellas el instrumento público que otorgaron la fuerza establecida por el artículo 1759 del C. C., para vencer ésta debe presentarse prueba de igual capacidad, y que rigen entre partes las consiguientes limitaciones aludidas, tanto sobre lo que puede ser objeto de probanzas como sobre los medios probatorios.

En tal virtud serían aquí admisibles los cargos a estos respectos, si no mediara la confesión que media, a favor de la cual ya tienen plena prueba y acogida las declaraciones de testigos que, unas de suyo, otras

por los indicios que crean, vienen a corroborar esa confesión y a completarla.

El Tribunal no se fundó meramente en pruebas indiciales, sino también y ante todo en la confesión antedicha; y si ésta, se acredita por medio de testigos, no por eso puede jurídicamente conceptuarse que sólo con declaraciones de testigos se alterara lo pactado.

Por otra parte, el Tribunal no incurre en contradicción al reconocer que esto sea ficticio, sino que, por el contrario, al declarar la ficción afirma que no fue efectivamente pactado lo que aparece en la escritura.

Y esta última reflexión bastaría para desechar el cargo de violación del citado art. 91, a que se agregan las precedentes.

Cuanto a la violación del art. 740 del C. C., el cargo también se halla inaceptable, porque el hecho de reconocer el Tribunal la simulación de una compraventa no puede significar desconocimiento u olvido de lo que es y significa la tradición al tenor de ese artículo. Lo violaría si, por ejemplo, en general negara a la compraventa la calidad de manera o medio de adquirir o si un caso en que se hallara una compraventa efectiva desconociera los efectos de ésta sobre trasferencia del dominio de lo vendido. Bien se ve que éste no es el caso presente en el que, repítese, si no encuentra una tradición es porque no halla válido el contrato en cuya virtud ella se produciría. Más aún: el Tribunal no desconoce que, por otorgarse la escritura y registrarse, la tradición se efectuó, tanto que al invalidar la compraventa, ordena cancelar el registro.

Dando por sentado que errar el Tribunal al hablar de mandato, de tal error no se deduciría infirmación de su fallo, el que al invalidar el contrato demandado no lo hace por ser de mandato, sino por razones de fondo distintas que no pierden su fuerza, aunque hubiera tal error y éste afectara a la verdad los considerandos del fallo del Tribunal.

Este concluye de sus indagaciones y estudio que no hubo compraventa, que este contrato se fingió. Ello es lo decisivo. Que al preguntarse a sí mismo como consecuencia y no como razón de esa negativa, cuál pudo ser el contrato verdadero diga —o apenas sugiera o insinúe— un mandato, no es violación ni forma de violar el art. 2142 del C. C.

El concepto, aunque no fuese meramente conjetural, no infirmaría el fallo, sobre cuya solución no incide ni influye.

V. Violación de los arts. 91 de la ley 153 de 1887, 665, 666, 667, de la ley 105 de 1931, 591, 592, 594 y 607 del C. J. anterior y 1602, 1759 y 1767 del C. C.

Este cargo se hace consistir en que el Tribunal aceptó un indicio carente de base o, por mejor decir, no debidamente comprobado, y es el de que la señora Polanía siguió recibiendo el valor de los arriendos de lo que aparece vendido por ella a Camacho, aun después de otorgar escritura a éste. Advierte el recurrente que él no ataca el detalle de que el Tribunal aprecie los indicios ni pretende que la Corte intervenga en esa apreciación en sí, sino que acusa por no estar probados los hechos de donde el Tribunal deriva el indicio, que es de las declaraciones de Félix Chaves y Antonio Cárdenas.

Se observa: el recurso al analizar la declaración de Cleves, deduce que queda en pie sólo la de Cárdenas, que, por ser singular, no alcanza al valor probatorio necesario para dar por acreditado ese hecho. Pero, a más de esta declaración hay al respecto, otras, cuya cita es innecesaria por obrar, ante todo, la confesión de Camacho, según se ve en las posiciones de folios 35 a 41 del Cdno. 2º, al responder las preguntas 14 y 16 (folio 40).

No es, pues, admisible el cargo de que el Tribunal cogiera un indicio reducido de insuficientes bases probatorias. Además, el concepto de fondo no cambiaría si ese indicio se descartara.

VI. Violación de los artículos 91 de la ley 153 de 1887, 705 de la 105 de 1931 y 651 del C. J. anterior.

Este cargo se relaciona con el segundo inciso, consistente en que el precio que aparece en la escritura de venta ($ 16,000) es inferior al de más de treinta mil que tenía lo que ella dice vendido. El cargo consiste en dar el Tribunal por probado ese precio mayor por medio de declaraciones de testigos.

La Corte observa: en el respectivo pasaje de su fallo el Tribunal no está estudiando el precio en sí mismo o en relación con una acción como la de lesión enorme, por ejemplo, a fin de deducirla de un precio no fijado por avalúo pericial. Simplemente está comentando tangencialmente las declaraciones de los seis testigos acordes en estimar que ese valor pasaba de los treinta mil pesos que el Tribunal alude, e impresionado con la grave diferencia entre el precio afirmado como justo o efectivo por cono-

cedores y el precio que figura en la escritura, deduce de ahí un indicio más sobre la ficción.

Pero es evidente que un avalúo no se forma, ante nuestra ley procedimental, con declaraciones de testigos y, aunque el Tribunal no habla de avalúo ni da esta calidad a esas afirmaciones de los testigos, ello es que lo acoge como si fuese hecho comprobado, sin serlo, por lo cual al deducir de ahí un indicio más, falta al art. 705 del C. J. Pero se observa que, descartado ese indicio en tal virtud, no por ello cambia el concepto fundamental, el que sigue sostenido en sus restantes bases.

Por tanto, aun reconociendo que efectivamente el precio de las cosas no se establece en juicio por medio de testigos sino de peritos, no prospera como cargo capaz de casar la sentencia el que en este capítulo se estudia.

VII. Violación de los arts. 91 de la ley 153 de 1887, 1602, 1759 y 1767 del C. C., 265, 544, 932, 607 y 608 del C. J. anterior y 593, 737, 697 y 698 del actual.

Este cargo se refiere al tercer indicio, o sea, al de la fama pública sobre que el contrato de compra de Flaminio Camacho es simulado. Y se formula, tanto por no estar establecida debidamente, según el recurrente, esa fama, cuanto por no ser el caso de admitirse como prueba en razón de no haberse invocado entre los hechos fundamentales de la demanda; además, dice, está contradicha con declaraciones sobre fama en contrario, o sea sobre honorabilidad del comprador.

El concepto general de un hecho como el de ser simulada una compraventa puede concurrir y efectivamente concurre a determinar la opinión del Juzgador al respecto, e indudablemente es un indicio. Si por sólo un indicio de esta clase se decidiera, claro es que faltaría el sentenciador a preceptos legales inconcusos; pero tener en cuenta los indicios que halla acreditados en el proceso o, mejor dicho, deducir de los hechos comprobados los indicios que ellos sugieren o generan, no es sino obedecer esos preceptos, puesto que éste es un elemento probatorio y, como tal, un medio de llegar a la certidumbre, anhelo supremo del sentenciador.

Esa voz general, ese ambiente de creencia en la ficción está aquí demostrado con declaraciones de más de siete testigos; y en manera alguna puede entenderse infirmada, como pretende el recurrente, por las declaraciones sobre honradez del señor Camacho, entre otras razones porque el concepto sobre honradez y aquella ficción no se excluyen, ante la fama pública, dado lo que generalmente se piensa acerca de las escrituras llamadas de confianza, aunque esto riña con una moral estricta.

VIII. Violación de los artículos 15 de la ley 95 de 1890, 91 de la 153 de 1887 y 1934, 1602, 1757, 1759 y 1767 del C. C.

Este cargo se refiere al cuarto indicio, consistente en la falta de pago del precio. El cargo lo deriva el recurrente de que la escritura declara haber recibido el precio la vendedora y de que contra esta declaración no cabe prueba para terceros, aparte de que el dicho de testigos no puede alterar el instrumento público y de que ese hecho mismo de la falta de pago no puede deducirse de la simple circunstancia de no haberlo presenciado los testigos instrumentales, máxime en casos como el presente en que la escritura hace ver que ese pago fue anterior a su otorgamiento. Agrega que si el pago del precio excluye la simulación, el no pago no es indicio de ésta.

Sobre admisibilidad de la prueba de testigos en el presente caso ya quedó visto cómo y porqué el reparo es inadmisible. Sobre la imposibilidad de alcance contra terceros de pruebas contra la declaración escriturada de haberse pagado el precio, ya se dijo que Eduardo Camacho no puede considerarse como tal en este caso, lo que se estudiará adelante. Y en cuanto al pago en sí, a lo que los testigos dicen se agrega que no cabe aceptar la invocación hecha por el apoderado de Flaminio Camacho de la declaración escrituraria de haber sido hecho con anterioridad, porque Camacho mismo la destruye al afirmar absolviendo posiciones (Cdno. 2º, folio 3 vuelto): "No pagué con anterioridad la finca, sino cuando se firmó la escritura".

Si él dice esto y los testigos declaran que no presenciaron el pago, no es admisible el cargo consistente en errónea apreciación de estas declaraciones, porque digan algo distinto de la escritura o porque se las admita contra ésta.

Exponiendo este cargo que como se ve es complicado y múltiple por el conjunto de disposiciones y hechos que abarca, el recurrente se espacia aún más, añadiendo como nuevos cargos y englobándolos con aquél, los correspondientes a lo que llama subin-

dicios y que numera así: a) pobreza de Flaminio Camacho en el año de 1924, b) la pobreza en que murió la señora Polanía, y c) la falta de recursos de esta señora ocho días después del contrato. Trae la lista de los testigos cuyo dicho sirve al Tribunal para fundar estos subindicios, y comienza por acusar la sentencia como violatoria del art. 666 del C. J. que prohibe dar por probado un indicio por medio de otro indicio, agrega el cargo de violación de los antedichos arts. 91, 1602, 1759, 1767 y 1934 por admitir prueba de testigos, y advierte que se abstiene de repetir lo que acaba de decir al respecto estudiando el mismo indicio 4º; pero a los cargos ya hechos agrega estos otros y a las disposiciones legales citadas suma éstas: los artículos 595 del C. J. actual y 542 y 543 del anterior, de cuya violación acusa a la sentencia por no haberlos tenido en cuenta.

Sobre estos subindicios, a más de acusar por haber oído el Tribunal estas declaraciones, lo inculpa de haber desoído: la escritura de 19 de noviembre de 1934, que acredita haber Flaminio adquirido en permuta un inmueble de cinco mil pesos; la Nº 43 de 1891, que acredita haberse adjudicado a Lastenia Villoria la quinta parte de La Granja; el acta de matrimonio de ella con Flaminio celebrado el 17 de abril de 1904, y las declaraciones de los testigos ahí nombrados por el recurrente, según los cuales esa quinta parte de La Granja, que es la finca llamada Reflejos, tiene más de mil hectáreas cultivadas y el demandado pasta en ellas más de trescientos semovientes de su propiedad. A este respecto añade para citarlos como violados los arts. 1781 y 1806 del C. C. que respectivamente hacen de la sociedad conyugal los frutos de los bienes sociales y del marido el dueño de éstos ante terceros.

En este pasaje de su alegato el apoderado de Flaminio acusa por violación también de los arts. 702 y 75 de las leyes 105, respectivamente de 1931 y 1890, al valorar el Tribunal la prueba de testigos de una y otra parte a estos últimos respectos; y los artículos 667 y 592 de estas dos leyes, en su orden, en cuanto varios indicios referentes a uno solo constituyen un solo indicio y no alcanzan a formar plena prueba.

Dando por sentado que la objeción relativa a posibilidades pecuniarias del señor Camacho se acogiese por hallarse comprobado el error manifiesto de hecho que sería necesario acreditar para que el cargo prosperara (C. J., art. 520, inc. 2º la fine del numeral 1º), quedarían en pie las afirmaciones, plenamente establecidas en el proceso, sobre la falta de recursos de la señora Polanía, tanto a su muerte como a raíz de la escritura a aquél, a cuyo otorgamiento, al decir de él en las posiciones de 16 de junio de 1928 ya citadas, fue cuando le pagó en moneda corriente los $ 16,000 del precio.

Es inobjetable la inferencia del Tribunal sobre simulación de compraventa en razón de estas circunstancias tan sugestivas.

Y no se halla que el Tribunal se funde en indicios de indicios, puesto que lo ocurrido es que él encuentra en la carencia de recursos de la señora Polanía a raíz de la escritura un indicio sobre la inexactitud de la afirmación o declaración de habérsele pagado el precio y separadamente relaciona esta falta de pago con otros indicios para, del conjunto, deducir la simulación; lo que es muy distinto de lo que el recurrente le atribuye.

* * *

IX. Violación de los artículos 1760, 1857, 2652 y 2673 del Código Civil; 593, 604 y 606 del Código Judicial actual, 554 y 556 del anterior. Esto en relación con el quinto indicio, consistente en que el Tribunal encuentra reforzado su concepto de simulación con el hecho de haber habido antes otro contrato simulado entre la misma señora Polanía como vendedora y don Flaminio como comprador, en que éste "le devolvió" a ella su escritura, de donde el Tribunal induce un especial motivo de confianza en ella para reincidir. El cargo del recurrente consiste en que ese contrato anterior no figura acreditado con su escritura pública respectiva y en que, en cuanto lo sea por confesión de Flaminio, no es legal perjudicar a alguien con su propia confesión, si ésta es de un hecho que más bien lo honra y favorece.

Claramente se ve que el Tribunal razona en forma y sentido muy distintos, pues al evocar la referida simulación anterior entre la misma señora Polanía y el mismo señor Camacho, lo hace para recordar cómo este antecedente facilitó o provocó la repetición del acto de confianza de ella con él, reflexión muy aceptable y procedente.

* * *

X. Violación de los artículos 593, 737, 869, 896 y 898 del C. J. hoy vigente, 265, 544, 982, 599, 606 y 608 del C. J. anterior y 91 de la ley 153 de 1887. Estas disposiciones se citan como violadas con ocasión del sexto indicio, consistente en el hecho de

haber eludido Camacho (Flaminio) la notificación de la demanda inicial de esta causa y en el afán de otorgar a su hijo Eduardo escritura de venta de los mismos bienes a que el pleito se refiere, apenas éste se inició. El recurrente alega al respecto que estos hechos o, mejor dicho, la conjetura de ellos así deducida no están invocados en la demanda: de manera que el Tribunal al tomarla como fundamento de la sentencia viola los artículos citados. Advierte que, como ya ha expuesto razones relativas a éstos, se abstiene de repetirlas. Agrega que la nulidad y su acción no puede originarse en hechos posteriores a la celebración del contrato, como es el caso para el de 1924 con lo sucedido con motivo de la notificación y enajenación antedicha, cuatro años después de otorgada la escritura de doña Francisca a don Flaminio. A que se añade, dice, error de hecho y de derecho en la apreciación de las declaraciones en que basa su afirmación respecto de que Flaminio esquivó la notificación y se apresuró a escriturar los mismos bienes a su hijo, para que esta venta estuviese registrada cuando ya al fin le fuese imposible evitar la notificación de la demanda. El error consiste en que uno de los testigos estaba interesado en la notificación, y otro declara sólo de oídas, de donde deduce el recurrente que siendo ellos tres, queda en pie sólo una declaración que de por sí no es prueba plena.

El Secretario del Juzgado de Bogotá comisionado para notificar la demanda al señor Flaminio Camacho informó como se ve al folio 27 del Cdno. 1º y después declaró como testigo citado al efecto, tal como se ve al folio 76 del Cdno. 2º. La circunstancia de ser testigo no obsta a que fuera secretario y, por ende, no infirma lo que expresa el antedicho informe o constancia oficial. Su declaración ulterior como testigo viene a corroborar, en la parte en que afirma en ella categóricamente, lo dicho en ese informe y declarado por el empleado subalterno de Contreras. Y, por tanto, si en cuanto se remite al dicho de éste en los hechos personales de éste es un mero testigo de oídas, no lo es en todo lo demás acreditado con su misma declaración de testigo y su informe de secretario.

El señor Orjuela fue testigo presencial, intervino personalmente, siguió con atención los varios pasos a que dió lugar el empeño del señor Camacho en evitar o retardar la notificación del libelo inicial. El hecho de intervenir en todo ello como recomendado del abogado de los demandantes para procurar esa notificación o atender a que el Juzgado comisionado lo hiciera, no lo constituye en sustituto de éste, impedido para declarar, de conformidad con el art. 669 del C. J.

A lo sumo sería sospechoso, a la luz del artículo 670 ibídem; pero esta misma disposición en su inc. 2º deja a la prudencia del Juez decidir si los motivos de la sospecha, en su caso, llegan a ser tacha que invalide el testimonio.

No resulta, pues, cierto que, como afirma la parte recurrente, se reduzca a la declaración de un solo testigo ese grupo de hechos tan sugestivos sobre el modo de dificultar e impedir Flaminio Camacho que se le notificase la demanda, antes de otorgar él escritura de venta a su hijo Eduardo.

Este mismo señor concurre a confirmar las afirmaciones de los testigos Contreras y Orjuela, pues al absolver posiciones (véase el Cdno. 2º, folio 104) confiesa que él mismo rechazó al joven que pretendía entrar a su casa junto con el Notario. Ese joven fue el empleado que iba a notificar, según se acredita con las declaraciones e informe referidos.

El aludido informe o constancia del Secretario del Juzgado de Bogotá dice con fecha 6 de julio de 1920: "el señor Rafael Contreras, empleado de este Juzgado, estuvo en la casa número 247 de la carrera 15 de esta ciudad con el fin de notificar al señor Flaminio Camacho el auto del señor Juez del Circuito del Espinal, y aun cuando se sabe que dicho señor Camacho habita allí, no fue posible notificarlo por haberlo negado en todas las ocasiones en que se fue a buscar. Ultimamente habiéndose tenido conocimiento de que el señor Notario 1º de este Circuito iba a la casa mencionada con el fin de extender una escritura pública, el empleado dicho se valió de este medio; pero fue rechazado, dando como razón el no estar allí el señor Camacho". (Cuaderno ppl. fol. 27).

Al rendir su testimonio dentro del presente juicio en la primera instancia, confirmando lo antedicho, declara el 29 de abril de 1930 en forma de que se transcribe este párrafo: "....envié por varias ocasiones un empleado del Juzgado a casa del señor Flaminio Camacho a fin de hacerle la notificación de la demanda, sin que esto hubiera tenido éxito, dado que el señor Camacho fue siempre negado. Se tuvo conocimiento de que el señor Camacho iba a otorgar una escritura por ante el señor Notario 1º de este Circuito, y aprovechando esta circunstancia mandé de nuevo al empleado notificador a la casa del señor Camacho; pero tampoco en esta ocasión dio resultado". (Cdno. 2º, fol. 76 frente).

Rafael Contreras, interrogado también en la primera instancia de este juicio, declara como se ve al folio 76 vuelto y al 78 frente del Cdno. 2º, y dice —según se lee en la diligencia respectiva, que es de 5 de mayo de 1930— que como empleado del Juzgado referido de Bogotá buscó a Flaminio Camacho repetidas veces en su casa para hacerle la notificación dicha y que siempre se lo negaron; que al saber que iba a firmar una escritura en la Notaría 1ª la tarde del día 4, al frente de la Notaría estuvo esperándolo con ese fin, inútilmente; que al saber que para esa diligencia notarial el Notario iría a casa de Camacho se preparó para aprovechar esta oportunidad y al Notario escribió el Secretario suplicándole coadyuvar a esa finalidad; de suerte que Contreras fue a esa casa la tarde del cinco y al llegar el Notario, estando Contreras apostado cerca de esa casa esperándolo con ese fin, quiso Contreras entrarse con el Notario, y aunque éste no le ayudó, él insistió; pero los que salieron a recibir al Notario le impidieron entrar y le dijeron que allí no vivía el señor Flaminio Camacho.

El testigo Lisandro Orjuela declaró ante el Juez de la causa el 2 de mayo de 1930 (folio 59, cuaderno. 2º), confirma en todos sus detalles la declaración de Contreras, como testigo presencial de todo ello, en lo que intervino por haberle recomendado esa notificación el apoderado de los demandantes.

Y llamado a declarar nuevamente en la segunda instancia, rindió en los mismos términos o sentido su declaración el 27 de marzo de 1931 por ante el Juez Municipal del Espinal, comisionado por el Tribunal al efecto, tal como se ve a los folios 72 vuelto y 74 del Cdno. 4º.

Eduardo Camacho, al absolver posiciones en primera instancia el 30 de abril de 1930, contestando la pregunta 10ª (folio 103 vuelto y 104 frente del Cdno. 2º), dice: "Es cierto que en el mencionado 5 de julio de 1930, fecha del otorgamiento de la escritura, sin recordar el número, de la compra de sus bienes tántas veces citados que hice a mi padre, en el momento en que penetraba a la casa de habitación de mi padre Flaminio Camacho en la ciudad de Bogotá el señor Notario, se presentó en ese momento un joven en ademán resuelto y yo le impedí su entrada, sin darle explicaciones".

No se halla error alguno, mucho menos error manifiesto, en la apreciación que el Tribunal hace de estos elementos probatorios para hallar en ellos un indicio de que los Camacho pusieran empeño en que la escritura de ellos quedase otorgada antes de que la demanda le fuese notificado al entonces único demandado, señor Flaminio Camacho.

El Tribunal relaciona este empeño con la alegación de los demandados sostenida a todo lo largo del pleito y puesta otra vez en discusión en el presente recurso, consistente en que los demandantes carecen de interés en la anulación de la compra que este señor aparece haciendo a la señora Polanía de Villoría, en razón de no poder ser restituídas al estado en que se hallarían las cosas si no se hubiese contratado, por cuanto ya los bienes, no estando en poder de Flaminio, no pueden ser restituídos en especie por éste a que se agrega otra argumentación complementaria, igualmente sostenida a lo largo del pleito por ellos, según la cual, Eduardo, tercero en este contrato, no puede ser alcanzado por la sentencia de nulidad, ni puede ser juzgado a luz distinta de la del art. 1934 del C. C.

Si, pues, los Camachos sostienen que por esta trasferencia había de conceptuarse a Eduardo como tercero amparado por este artículo, y capacitado para evitar el alcance de la nulidad a la luz del art. 1746 del mismo C. C. por prosperarle esa excepción, y si, por otra parte, se encuentra demostrado el esfuerzo de ambos porque dicha notificación no se surtiese antes de otorgar su escritura, no puede estimarse errónea en manera alguna la inducción del Tribunal que en ese evidente empeño de Flaminio de esquivar la notificación de la demanda inicial y de escriturarle entre tanto rápidamente a su hijo los mismos bienes que se le demandaban, encuentra un grave indicio contra la validez de esta aparente compraventa.

Nótese que la demanda inicial es de 27 de junio, que, no encontrándose el demandado Camacho, o por si no se encontraba o no se dejaba notificar en El Espinal, se libró despacho para esto al Juzgado de Bogotá y que la escritura de Flaminio a Eduardo es le 5 del subsiguiente julio.

Así se produjo el hecho de que cuando al fin se le notificó a Flominio la demanda, estuviese otorgado este instrumento, de lo que ahincadamente ha querido valerse contra la misma demanda en todo el curso del juicio.

Cuando se otorgó la escritura de 1924 no se podían haber producido los hechos relativos a la de 1928 de que hablan recurso y sentencia y, por tanto, mal puede reclamarse porque ellos no figuren entre los fundamentales de la demanda primitiva, relativa sólo al contrato de 1924; pero esa circunstancia no puede impedir al juzgador tomar en consideración tales hechos dada su es-

trecha conexión con esa demanda y dado, sobre todo, que ella quedó adicionada por la que vino a formularse contra el contrato de 1928. Las dos quedaron formando una sola, el pleito ha sido uno solo seguido conjuntamente sobre ambos contratos y éstos se vinculan de tal modo entre sí en lo atañedero al litigio, que lo relativo al uno refleja precisamente sobre el otro, como que forman dos eslabones de una misma cadena, dos escenas de un mismo drama.

De otro lado, la obligación del demandante de enumerar en el libelo los hechos fundamentales y la del juzgador de ceñirse a lo que sea materia del litigio, no pueden entenderse como prohibición de tomar en cuenta, en busca de la anhelada certidumbre, a la hora de sentenciar, cuanto detalle no figure expresa y formulariamente en esa enumeración aunque, de otro lado, haya sido materia de las alegaciones y esfuerzos probatorios de ambas partes litigantes.

* * *

XI. La segunda parte de la demanda de casación versa sobre la segunda causal, que es la de no estar la sentencia en consonancia en las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes. Cita como violados los artículos 471 del C. J. actual y 835 del anterior, y se detiene a comparar la demanda, con sus respectivas peticiones, con la sentencia, en sus respectivas órdenes y declaraciones, para hacer ver que —en su concepto— una cosa se pidió y otra se decretó.

El cargo nace de equivocación en el número con que la escritura aparece citada en la demanda, alega también que la demanda subsidiaria no hubo lugar a estudiarla y que fue en ella y no en la principal donde se demandó restitución de bienes. De ahí el cargo de fallo ultra-petita. Los mismos cargos formula desde el comienzo de su alegato el apoderado de Eduardo. Se estudian en el punto XIII.

* * *

XII. Esto se relaciona íntimamente con el de violación de los artículos 1760, 2652, 1857, 2673 y 2157 del C. C. Se hace consistir ésta en que el poder de los demandantes lo dieron para pedir la anulación del contrato "últimamente celebrado entre los señores Flaminio Camacho y su hijo Eduardo Camacho por instrumento público de fecha 6 de julio corriente de la Notaría 1ª del Circuito de Bogotá". Y por el error en la cita del día vuelve el recurrente al cargo ya recordado, que se estudia en seguida, diciendo que el mandatario se excedió de su mandato al pedir la anulación de otro contrato y que el sentenciador al acoger su pedimento, violó esas disposiciones y cometió el error de admitir petición y alegaciones sobre contrato cuyo comprobante no obra siquiera en el proceso.

Este cargo se estudia junto con el siguiente y con el anterior, por la estrecha conexión que hay entre ellos y por ser uno mismo el hecho de que provienen.

* * *

XIII. Otro cargo es el de error de hecho en la apreciación de la demanda adicional, porque en ella se pide que la venta de Flaminio a Eduardo se considere de cosa ajena, y el fallo la declara nula; y porque se pide sobre la escritura de 6 de julio y la que obra en autos es de fecha 5, lo que el recurrente estima no puede considerarse mero error de pluma, porque está cometido también en los poderes, y persona tan sagaz como el apoderado de los demandantes —dice el recurrente—no puede insistir en error de tánta trascendencia.

Al leer esa demanda se halla que pidió la declaración de nulidad en el primer punto de su parte petitoria; de manera que ninguna falta cometió el sentenciador al proceder a estudiar esta súplica. Es verdad que el actor equivoca la fecha de la escritura pública con la cual señala el contrato cuya nulidad demanda; pero no es menos cierto que otros detalles claros, precisos e inequívocos del mismo pedimento impiden duda o confusión, no permiten dejar de comprender y, por el contrario, obligan a no ignorar qué es lo que la demanda solicita. Basta al efecto trascribir el hecho primitivo de la demanda adicional que dice: "A partir de la fecha de la demanda primitiva el señor Flaminio Camacho, para evadir de las resultas del juicio que se le proponía, hizo escritura de venta de los bienes materia de la demanda a su hijo el señor Eduardo Camacho V."

En efecto, ella versa sobre el contrato de compraventa por el cual Flaminio Camacho trasfiere a Eduardo Camacho ciertos bienes; y esto impidió válidamente al sentenciador esquivar el fallo a pretexto de que la escritura pública respectiva estaba fechada por el libelo como del seis a pesar de ser del cinco. Cabe agregar, a mayor abundamiento, que el número de la escritura, el mes y el año del otorgamiento y la Notaría en que se otorgó están citados acer-

tadamente por libelo y sentencia así como los bienes respectivos.

La intención de esa demanda adicional, que extiende el pleito a Eduardo Camacho y al contrato en que éste aparece adquiriendo los mismos bienes puestos en litigio por la demanda primitiva, o sea, la dirigida sólo contra Flaminio y encaminada a anular el contrato en que éste aparece adquiriendo, contiene estas varias súplicas: 1ª que el contrato entre los Camachos es nulo de nulidad absoluta; 2ª que ese contrato no ha trasferido propiedad alguna a Eduardo y no perjudica a los herederos de la señora Polanía de Villoria; 3ª que Eduardo responde de los frutos de esos bienes desde que entró a poseerlos; 4ª que ese mismo contrato no perjudica a los verdaderos dueños por contener venta de cosa ajena. (Cdno. 1º, folios 34 y 35).

El recurrente estima que por formularse este pedimento 4º no ha debido el Tribunal acoger la acción de nulidad, sosteniendo que esta nulidad, en concepto del mismo demandante, aunque la califica de absoluta, sería relativa, por lo mismo que él en su libelo conceptúa que se trata de venta de cosa ajena; de suerte —dice— que el Tribunal al acoger sin reparo el calificativo de absoluta y declarar esta nulidad, violó las disposiciones legales que retienen al juzgador dentro de los límites de la demanda, y, además, declarando de oficio una nulidad absoluta, violó el artículo 15 de la Ley 95 de 1890, porque lo aplicó con tal fin y forma sin ser el caso, y los artículos 1602, 1760, 1765 y 1871 del C. C.

En suma: el error de hecho en la interpretación de la demanda se hace consistir en que el Tribunal pasó por alto la referida equivocación de fecha en la cita que el libelo hace de la escritura, y de ahí deduce cargo de violación de las disposiciones que obligan al sentenciador a ajustarse a la demanda y, por ende, le vedan fallar extra y ultra petita.

La Corte no halla justificado el cargo, por cuanto, a despecho de esa equivocación, el Tribunal pudo y debió saber de qué contrato precisamente se trataba, y a ese contrato, y no a otro, atendió en su sentencia.

El Tribunal no puede decirse procediera de oficio a decretar la nulidad absoluta que declaró, y para reconocerlo así basta leer el numeral primero ya trascrito de la parte petitoria de su demanda. Es inadmisible el cargo de haber procedido de oficio, siendo así que la demanda contiene expresa y claramente esa cabal súplica.

El cargo del recurrente estriba en que, a despecho de emplear el actor el calificativo absoluta, su pedimento 4º envuelve su afirmación de tratarse de venta de cosa ajena e implica que su concepto de fondo, a pesar de aquel calificativo del numeral 1º, es que la nulidad de que se acusa el contrato es meramente relativa, y de ahí deriva el cargo sobre interpretación errónea del libelo. Pero este cargo tampoco se halla justificado, porque con toda claridad se ve que el concepto de la demanda, a uno y otro respecto, es que la venta de Flaminio a Eduardo no perjudica a los causahabientes de la señora Polanía, y así lo expresa, no sólo en ese numeral 4º sino también en el 2º, aquí visto. Además, la sentencia, tal como se dictó, acogiendo la primera solicitud, no tuvo por qué ni para qué entrar a considerar la cuarta.

Y aunque lo dicho basta para rechazar el cargo que se está estudiando no sobrará observar que esa expresión de "venta de cosa ajena" contenida en el numeral 4º, aunque no estuviese tan íntima e indisolublemente ligada dentro del libelo que se analiza con la preocupación del abogado de los demandantes de que ese contrato no perjudica a sus clientes, ello es que el punto primero de la parte petitoria se encamina terminantemente a obtener la declaración de una nulidad absoluta, y que esto es lo que el sentenciador hizo. No falló, pues, ni fuéra de la demanda ni más allá de la demanda; no procedió de oficio.

* * *

XIV. Se acusa por el error de hecho que cometió el Tribunal al dejar de apreciar los testimonios de las personas que declaran sobre el pago que Eduardo hizo en dinero a su padre de los diez mil pesos del precio, y porque al prescindir de estos testimonios o abtenerse de reconocerles su fuerza probatoria violó los artículos 697 del C. J. vigente y 607 del anterior, que da la categoría de plena prueba al dicho de dos o más testigos en cuanto declaren como estas disposiciones establecen, y con este error de derecho violó los artículos 601, 697 y 704 del C. J. vigente o 607 y 599 del anterior, y el 1759 del C. C.

Estos testigos son Ignacio, Aquilino y Marcelino Lemus, Alejandro Andrade, José M. Guerra y Juan Murillo. Sus declaraciones se hallan en el cuaderno 5º, formando los folios 80 a 93.

El Tribunal las tacha por su resaltante uniformidad, acerca de lo cual dice que parecen recitando "una lección aprendida"; y por su incompatibilidad con el viaje de Eduardo en tiempo tal que le era imposible estar en el lugar del pago en la fecha precisada por los testigos y con la afirmación de Flaminio de haber recibido esos bienes, no

para aprovecharlos él o disponer de ellos, sino para la educación de sus hijos, nietos de la señora Polanía de Villoria.

El recurrente halla infundados estos recursos, que califica de "andanadas", analiza el proceso psiquico según el cual los testigos hubieron de poner su atención en hecho tan extraño para ellos como ver junta una suma de dinero para ellos altísima y, al propio tiempo, halla injustificado que el Tribunal acepte las declaraciones según las cuales Eduardo Camacho viajó en la aludida fecha, declaraciones cuya admisión misma por el Tribunal encuentra inaceptable. Y agrega que éste se contradice cuando da el valor que acaba de recordarse a la afirmación de Flaminio sobre que su suegra le dio las aludidas fincas para educación de sus nietos de ella, hijos de él, siendo así que el mismo Tribunal, analizando estas afirmaciones, conceptúa que de ellas no se deduce que faltara en él ánimo de adquirir y en la señora el de trasferirle.

De paso se nota que esta contradicción es sólo aparente, pues el concepto sobre ánimo se refiere al contrato en su forma, como medio, al indagar si en verdad fue compraventa; y, de otro lado, el Tribunal no niega ni podía negar que a compraventa acudieron la señora de Villoria y don Flaminio cuando ante el Notario dijeron lo que reza la escritura otorgada por ellos, para denominar lo que aparecían contratando. La compraventa efectivamente trasfiere, y al decir vender, la señora decía trasferir. Pero este hecho, y su reconocimiento, no se oponen a que al analizar ese contrato dentro de un proceso ulterior, como el presente, se halle que, aun siguiendo el dicho del aparente comprador, la finalidad de ese paso no fuese efectivamente trasferirle en venta, sino otras distintas, como la de proveer o ayudar a la educación de los hijos de él, nietos de ella.

Respecto de declaraciones de testigos, ocurre advertir que el Tribunal pesó y trajo a cuento todas las que su sentencia indica en su larga enumeración de las probanzas de una y otra parte; de manera, pues, que no es que desechara éstas o aquéllas en forma que las pasara por alto o que las desoyera contra expresa disposición legal, incurriendo en la consiguiente falta y, así, en la entresacar de las pruebas las que mejor se acomodaran a un caprichoso empeño de fallar en determinado sentido, prejuzgando y hasta desviando el camino de la justicia. Lo que hubo fue que en la balanza en que unas y otras declaraciones se ponen en el ánimo y pensamiento del juzgador, optó él por sentenciar en el sentido en que mayor fuerza indicó esa balanza. Y para este proceder estuvo autorizado por el artículo 702 del C. J.

La Corte, en Casación, no puede corregir las apreciaciones de esa índole hechas por el Tribunal de segunda instancia sino en cuanto el acusador compruebe los errores que precisa y taxativamente establece a ese efecto el artículo 520 del C. J. en el inciso 2° de su numeral 1°, que termina diciendo: "..... error de derecho, o en error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos".

Aunque estas observaciones bastarían a rechazar el cargo, conviene exponer lo que ocurre con las declaraciones de cuya errónea apreciación se acusa al Tribunal, relativas al hecho mismo del pago que Eduardo hiciera a su padre.

Si, como los demandados afirman y los testigos lo declaran se congregaron éstos en la casa de aquéllos para presenciar el pago de una precisa suma de dinero, dispuesta ad hoc en montones sobre la mesa del comedor, en forma que esos testigos precisa y detalladamente los vieran; si procedieron los Camachos en forma que todos los testigos ineludiblemente oyeran ciertas sacramentales palabras sobre destinación de ese dinero; si se empeñaron en hacerles fijar en su memoria esas cantidades y la fecha del acontecimiento en forma que pudiesen declarar detalladamente con sorprendente nimiedad sobre todo ello al cabo de años enteros; y si, por otra parte, esos testigos declaran haber estado allí breves días antes de ese acto y más breves aún después y no recordar ni el nombre de la finca ni la razón de haber ido a ella, ni con quién fueron ni quién los llevó, y si, además, son peones incultos, algunos de los cuales confiesan no saber contar siquiera hasta ciento ni estar al tanto del almanaque y revelan singular desmemoria acerca de otros hechos muy posteriores a esa fecha y en nada ajenos a su persona como sí lo era aquel pago entre extraños, no se encuentra en manera alguna desacertado aquel concepto del Tribunal al hallar algo sospechoso en esa preparación antelada, en tánta precaución, en tánto cuidado para la creación de escena teatral, tan distinta de lo que de ordinario ocurre llana y sencillamente en contratos inocentes, honestos y efectivos.

El Tribunal se siguió también por la circunstancia, igualmente significativa, de que un conjunto plural de testigos hace ver que los Camachos no estaban en aquel lugar o escenario en la fecha que aquéllos fijan, ya porque unos los vieron venirse para Bogotá, ya porque otros indagando por ellos allá tu-

vieron como respuesta que estaban aquí, ya porque los vieron en esta ciudad, y todo en fechas tales que por lo cercanas o igual a la precisada por aquellos otros testigos sobre pago en la hacienda, hace físicamente imposibe la presencia de los Camachos en ella ese día que tan fielmente se grabó en la memoria de los congregados para presenciarlo.

Se justifica, pues, que el Tribunal optase por desechar el dicho de éstos.

* * *

XV. El cargo de violación del artículo 15 de la Ley 95 de 1890 se formula bajo esta otra luz: los demandantes se presentan como herederos de la señora Polanía de Villoría, cuya causa mortuoria no aparece seguida, y así, sin aparecer inventario solemne, han hecho acto de heredero (C. C. artículo 1299), lo que los privaría del beneficio de inventario, si pretendieran invocarlo (C. C., artículo 1302); por tanto el patrimonio del de cujus y los de los herederos se han confundido y ha errado el Tribunal al desconocer este hecho y partir de la base de que los herederos pueden hacer algo que al de cujus estuvo prohibido y en cuyo patrimonio no figuró, por haber sido contratante. De ahí deduce violación, no sólo de dicho artículo 15 en que esta prohibición se consigna, sino de los aludidos del C. C. en los conceptos que acaban de expresarse sobre beneficio de inventario o sean el 1299 y 1302 y también el 1759. Este último, en cuanto al alcance de un instrumento público sobre las personas a quienes se trasfieren las obligaciones de los otorgantes a título universal.

La Corte observa: el beneficio de inventario es una limitación del heredero aceptante para ante los acreedores del difunto. No gozar de ese beneficio no significa otra cosa que no poder invocar esa limitación sino tener, por el contrario, el heredero que atender con sus bienes al posible exceso de las deudas sobre lo heredado en su cuota respectiva (C. C., artículo 1411). Pero la confusión de patrimonios es un fenómeno distinto. A ésta en su caso, pueden oponerse los acreedores del difunto con el llamado beneficio de separación, establecido para librarlos del peligro de que los bienes de éste, en vez de aplicarse a pagar sus deudas, vayan a atender a las personales del heredero (C. C., artículos 1435 y siguientes).

Que los demandantes en el presente caso gocen o no del beneficio de inventario, es, pues, un hecho del todo extraño a lo que aquí se debate.

Por lo demás, ya queda dicho aquí cómo la Corte halla justificado que la imposibilidad de alegar la nulidad en que el citado artículo 15 ponía al que contrató a sabiendas, era una sanción de orden moral y personal que sería aberrante extender a sus herederos.

No se halla, por tanto, aceptable este otro cargo de violación de las disposiciones legales antedichas, o sea, de los referidos artículos 15, 1299, 1302 y 1759.

* * *

XVI. La causal 2ª alegada también por el abogado de Eduardo Camacho es la misma alegada por el de Flaminio Camacho, estudiada yá y hallada inaceptable, y consiste en que, según los recurrentes, el Tribunal decidió sobre un contrato distinto del que la demanda cita como atacado, y halló nulidad absoluta en lo que la demanda misma califica de venta de cosa ajena.

Como se vio la Corte no halla procedente el cargo, porque el error de cita del día de la escritura no puede, en su concepto, eximir al juzgador de entender de qué escritura se trata, siendo así que la precisa y acertada indicación del mes, y año y número de Notaría de su otorgamiento y de los bienes respectivos, no dejan duda y que, además, con lo que bastaría a la perfecta identificación de ese instrumento, se expresa en la demanda tan inequívicamente su contenido, que los recurrentes mismos en todo el resto de sus extensos alegatos y las partes, a lo largo del dilatado debate, no han podido menos de dar por entendido qué es lo debatido, de qué compraventa se trata.

Así, pues, aunque no tuviese esa alegación en sí misma los rasgos y calidad que por lo dicho la hacen inaceptable, a este concepto, se llegaría obligadamente al considerar que ella constituye un medio nuevo, de los que por este motivo, en casación no pueden acogerse.

Además, también se vio que la nulidad declarada fue lo demandado ante todo, según el punto primero de la parte petitoria del libelo adicional.

* * *

XVII. Desde la sentencia de primera instancia, acogida y casi íntegramente reproducida por la de segunda, con salvadades de detalle, de cita inconducente dentro del presente recurso, como ya se insinuó, se han reconocido como salientes en relación con el demandado Eduardo Camacho ciertas circunstancias a que acertada y nimiamente

llama la atención aquel fallo y que a la verdad determinan la imposibilidad legal, a más de la moral, de reputarlo en este pleito tercero de buena fe. Tales circunstancias, siguiendo aquella exposición (cuaderno 1º, folios 127 y 128), se anotan así: este señor sabía la confesión bajo la cual en posiciones preparatorias se hallaba su padre respecto de ser ficticia la compra a su suegra, pues conocía esas diligencias y había intervenido en la obtención de su copia; había intervenido también con posterioridad a la aparente compra de su padre en percibir los cánones para la señora Polanía y en otros actos de administración de ella y para ella sobre lo mismo que ella aparecía como habiéndolo vendido a su yerno; en presencia de Eduardo se desarrolló un diálogo que acabó airadamente entre su padre y su tía Carlota, con motivo de la exigencia de ella sobre devolución de la escritura en confianza de su madre tántas veces citada aquí (el Juzgado trascribe, en los párrafos que el Tribunal copia, los conceptos y vocablos durísimos de Carlota sobre Flaminio dirigidos a los hijos de ésta — entre ellos Eduardo— que presenciaban la memorable escena): todo esto como antecedentes que por sí solos y también por lo cercanos indican cómo Eduardo no podía ignorar la consiguiente situación para cuando al cerrarse junio de 1928 sobrevino el anunciado pleito, y fue el cinco del subsiguiente julio cuando se otorgó la escritura de Flaminio a Eduardo, en su casa, a renglón seguido de rechazar Eduardo al empleado del Juzgado que iba a notificar a Flaminio la demanda inicial sobre exactamente los mismos bienes en referencia. Y a la sazón Eduardo que vivía con sus padres, bajo su autoridad y dependencia, recién salido por ley, pero no aún de hecho de la patria potestad, no tenía oficio distinto del de ayudar a atender las fincas de su madre y carecía de bienes de fortuna y en especial del dinero necesario para dar uno sobre otro diez mil pesos como los testigos del pago dicen que los dio y como reza la escritura, a tiempo que era época de alza extraordinaria de los precios en el país y que años antes, en que aún no se había producido esa alza, aparecen comprados por mayor suma esos mismos bienes por Flaminio, persona muy hábil a estos respectos

Así se resumen los hechos pertinentes a Eduardo en relación con cuanto antecedió y rodeó al otorgamiento de su escritura, con pleno conocimiento de él, por tanto, de cuáles eran esos antecedentes, cuál la oportunidad y cuáles los fines de la misma.

Estas consideraciones fueron decisivas al respecto para el Tribunal que, repítese, las trascribió, acogiéndolas, de la sentencia del Juzgado.

En casación no se encuentran infirmados tales conceptos como a los recurrentes les habría sido preciso hacerlo demostrando que efectivamente el Tribunal cayera en los errores de derecho o en el manifiesto error de hecho de que lo acusan. La falta de esta demostración queda vista en los precedentes capítulos de este fallo, donde tal acusación queda analizada nimiamente.

* * *

XVIII. Como repetidamente se ha dicho aquí, la Corte reconoce que en la simulación hay dos contratos, el aparente y el oculto salido a la luz cuando aquélla se demuestra, y que, hecha tal demostración, no para el problema ahí declarando a ciegas una nulidad, sino que debe entrarse en el estudio del contrato salido así a luz, ya para anularlo en su caso, ya para hacerlo cumplir si no adolece de vicio, puesto que es el que contiene la voluntad de los contratantes.

Pero esto no puede significar en el presente litigio que por haberse pasado de la simulación a la nulidad absoluta en la inteligencia de que ésta se deduce obligadamente de aquélla, haya de casarse el fallo recurrido.

Verdad es que los recurrentes partieron del supuesto que acaba de insinuarse y que no atacaron ese fallo en cuanto de la simulación por sí sola y directamente dedujo nulidad: es así mismo verdadero que el esfuerzo de los recurrentes se concreta, en virtud de ese mismo concepto doctrinal aludido, a destruir la simulación o, mejor dicho, a obtener que la Corte se aparte de la opinión que a este respecto se formó el Tribunal, que fue la misma del Juzgado; y es igualmente cierto que no lograron esa finalidad en fuerza de las razones expuestas aquí al analizar uno a uno esos reparos. Pero no es menos cierto que, aunque se hubiera seguido por los recurrentes y por el Tribunal mismo la doctrina que hoy acoge la Corte separando la simulación y la nulidad y sintiéndose obligada a estudiar separadamente una y otra, también se habría llegado a las mismas órdenes de restitución, de cancelación y de pago a que llegó el fallo recurrido por aquel otro sendero, porque la que pudiera llamarse faz práctica de la decisión habría tenido que ser la misma, aun dentro de ese otro sistema, por obra de las peculiaridades del caso determinadas por la conexión entre los dos contratos atacados y por el ambiente que determinó la forma de producirse cada uno de ellos, así como porque

se pedía por y para el dueño, primitivo vendedor, hoy su sucesión, parte contratante en la primera de esas dos compraventas aludidas.

* * *

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no infirma la sentencia recurrida, o sea, la pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué el once de agosto de mil novecientos treinta y dos.

Las costas del recurso son de cargo de los recurrentes.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Antonio Rocha, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J., Juan Francisco Mújica, Eduardo Zuleta Angel, el Conjuez, Joaquín Acebedo. Emilio Prieto Hernández, Srio. into.

TEORIA GENERAL DE LOS CONTRATOS DE ADHESION.—LOS CONTRATOS DE SEGUROS SON CONTRATOS DE ADHESION.—INTERPRETACION DE ELLOS

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

(Magistrado ponente: Dr. Eduardo Zuleta Angel).

1
Hechos

1º—El 13 de noviembre de 1929 celebró la señora Matilde Gómez de Rocha un contrato de seguro con la Hartford Fire Insurance Company, en el cual se estipuló que si el edificio distinguido con los números 233 a 237 de la carrera 7ª, o cualquier parte de él, fuese destruído o dañado por causa de incendio durante el período comprendido entre las cuatro de la tarde del día 13 de noviembre de 1929 y las cuatro de la tarde del día 13 de noviembre de 1930, la compañía aseguradora pagaría o indemnizaría al asegurado por tales daños o pérdidas hasta una cantidad que no debía exceder de $ 30,000 moneda legal.

2º—Expresamente se pactó en el referido contrato que debían considerarse como parte integrante de éste las estipulaciones y condiciones impresas al dorso de la póliza, entre las cuales figura la siguiente: "13. La Compañía puede, a su arbitrio, reponer o substituir la propiedad dañada o destruída o cualquier parte de ella, en vez de pagar el monto de la pérdida o daño, o puede unirse, para efectuarlo, a otras Compañías o Aseguradores, pero la Compañía no se compromete a reponer exacta o completamente sino sólo conforme las circunstancias lo permitan y en una forma razonablemente suficiente, y en ningún caso estará obligada a pagar la Compañía mayor suma por la reposición de lo que habría costado reponer la propiedad al estado en que se hallaba cuando tuvo lugar la pérdida o daño, ni tampoco mayor suma de la que representaba el seguro de la propiedad aludida. Si la Compañía decidiere reponer o substituir cualquiera propiedad el asegurado proporcionará, a sus expensas, a la Compañía, todos los planos, especificaciones, medidas, cantidades y demás detalles que la Compañía necesite, y ningún acto que emane directa o indirectamente de la Compañía con objeto de reparar o substituir, será interpretado como prueba de que la Compañía elije la reposición o substitución. Si en cualquiera caso la Compañía no puede reponer o substituir la propiedad asegurada por la presente póliza, a causa de cualesquiera disposiciones municipales o de otra clase en vigor y que afecten el alineamiento de las calles, o la construcción de edificios u otras, la Compañía sólo estará obligada a pagar en tal caso una suma equivalente a la que habría costado reponer o substituir la propiedad, si legalmente ésta hubiera podido volverse a su primitivo estado".

3º—Conforme a lo estipulado en el expresado contrato, éste se prorrogó hasta el 13 de noviembre de 1931 en virtud del pago que oportunamente hizo la señora Gómez de Rocha de la prima correspondiente.

4º—El 27 de septiembre de 1931 se incendió el edificio asegurado, y no habiéndose podido poner de acuerdo las partes sobre las bases para la liquidación del siniestro, la compañía aseguradora, "para ponerse a

salvo de las sanciones legales y para cumplir con lo dispuesto en el artículo 25 de la ley 105 de 1927", le pagó a la señora Gómez de Rocha la suma de $ 18,525 moneda legal, que ésta recibió "bajo la advertencia de que en su concepto no se le paga con ella sino una parte" de lo que la Compañía estaba obligada a pagar, y dejando constancia de que, en consecuencia, se reservaba el derecho de reclamar judicialmente una suma mayor.

5º—Fundándose en el hecho de que el referido inmueble había sido asegurado en la suma de $ 30,000, la propietaria de él, de conformidad con la advertencia que hizo al recibir los $ 18,575 de que se ha hablado, demandó ante el Juez 6º del Circuito de Bogotá a la compañía aseguradora para que se condenara a ésta a pagarle a la actora la suma de $ 11,455, "cantidad que representa exactamente la diferencia entre el valor de la póliza y lo pagado a cuenta del siniestro".

6º—En el fallo de primera instancia se condenó a la sociedad demandada a pagarle a la actora la cantidad líquida de $ 3,515.82 con sus intereses corrientes, más un 5% anual a partir del 7 de enero de 1932. Para llegar a esa conclusión tuvo en cuenta el Juez, por una parte, "que la suma de $ 30,000 estipulada en el contrato no fue sino el límite superior del cual no podría pasar el valor de la indemnización por el siniestro, y en ningún caso el valor de los perjuicios estimado de antemano por las partes en una suma fija, determinada e invariable", y, por otra parte, que "el valor del edificio al tiempo del incendio" fue fijado por los peritos Arturo Jaramillo y Félix Aguilú en la suma de $ 22,090.82.

7º—Apelado por ambas partes el fallo de primera instancia, el Tribunal lo confirmó en todas sus partes, fundándose para ello, de un lado, en que por el contrato "no se acordó una suma determinada como valor de la indemnización, sino tan sólo una cantidad máxima de la cual no se podía pasar llegado el caso", y de otro lado, en que "se produjo el evento previsto por las partes (en la parte final de la cláusula 13) para que por virtud de él la Compañía aseguradora quedara obligada a pagar al asegurado una suma equivalente a la que habría costado reponer o sustituir la propiedad al estado que tenía antes del incendio", suma que fue estimada por los peritos de la primera instancia en $ 22,090.82. El Tribunal consideró que aun cuando el examen de los peritos no se refería "al valor comercial que tenía en el momento del siniestro el edificio destruído, ni al valor actual del edificio nuevo construído por la demandante en aquel sitio, sino a lo que habría costado construir, con los mismos materiales y al precio de éstos en la época del incendio, un edificio igual al destruído por el fuego", debía ser tomado como base tal dictamen porque lo convenido por los contratantes para fijar la cantidad que debía pagar el asegurador fue lo siguiente: "lo que hubiera costado construir en el momento del incendio un edificio igual al destruído por el fuego". "Y como sería físicamente imposible —agrega el Tribunal— reconstruír el edificio con los mismos materiales que lo formaban, habría que emplear forzosamente materiales nuevos, de lo cual no podría resultar sino un edificio nuevo igual al anterior. Las partes, por su libre y soberana voluntad, convinieron en que el costo de construcción de ese edificio nuevo en la época del incendio determinaría el monto de la indemnización".

II

Fundamentos del recurso

El recurrente considera que el Tribunal interpretó erróneamente la cláusula 13 de la póliza y que fue debido a esa errónea interpretación como estimó que la obligación del asegurador era, no la de pagar el valor que tenía el edificio destruído en el momento del incendio— sino la de pagar el valor del costo de la reconstrucción sin tener en cuenta el aumento de precio que adquiere el nuevo edificio por tratarse de materiales nuevos y de una obra de mejor arquitectura.

Estima el recurrente que el hecho de que la Compañía —por razón de las disposiciones municipales sobre alineamiento— no pudiera reponer o sustituír la propiedad asegurada no hacía de forzosa aplicación, como lo pensó el Tribunal, la parte final de la cláusula 13, según la cual, en la hipótesis allí contemplada, el asegurador debe pagar "una suma equivalente a la que habría costado reponer o sustituír la propiedad si legalmente ésta hubiera podido volverse a su primitivo estado.

Para él el asegurador tiene en todo caso —aún en la hipótesis de que por las disposiciones municipales sobre alineamiento u otras semejantes el asegurador no pueda reponer o sustituír la propiedad asegurada— un derecho de opción entre dos prestaciones que pueden ser de valor desigual, a saber: (a) pago de la cosa destruída según el valor en el momento del incendio, y (b) restitu-

ción o sustitución de la propiedad dañada o destruída. Partiendo de esa base estima que sólo cuando se opta por el segundo extremo hay lugar a la aplicación del inciso final de la cláusula 13 en la hipótesis allí prevista. No niega que, en el caso que se estudia, se presentó la imposibilidad, debido a la reglamentación sobre alineamiento, de reponer o sustituír la propiedad asegurada, pero ello no significa en sentir de aquél que la Compañía tenga que pagar una suma equivalente a la que habría costado reponer o sustituír la propiedad, pues de los dos extremos entre los cuales ella podía en todo caso escoger (pagar el valor que la cosa destruída tenía en el momento del incendio, o reponer la propiedad dañada) ha optado o puede optar por el primero, y sólo en el caso de que hubiera optado por el último se le podría exigir, en la especie que se contempla, el pago de una suma equivalente a lo que habría costado reponer o sustituír la propiedad si legalmente ésta hubiera podido volverse a su primitivo estado.

Sobre esa base el recurrente acusa la sentencia del Tribunal:

a) Por error de hecho resultante de la apreciación errónea de la cláusula 13 de la póliza de seguro y de la falta de apreciación de la cláusula 10ª de la misma. Este error —agrega el recurrente— condujo al Tribunal a otros dos nuevos errores que consisten en la apreciación errónea de los dictámenes periciales practicados en la primera y segunda instancia;

b) Por error de hecho resultante de la apreciación errónea del dictamen pericial rendido por los peritos Jaramillo y Aguilú "en cuanto estimó que en el avalúo practicado por ellos aparece deducido el valor de los materiales aprovechables y en cuanto pasó por alto el dictamen de los peritos Maldonado y Martínez que contiene un avalúo debidamente fundamentado, explicado y uniforme;

c) Por error de hecho resultante de la apreciación errónea del dictamen pericial rendido por Jaramillo y Aguilú "en cuanto acepta como parte integrante del valor de la propiedad destruída la estantería y mostradores de los locales destruídos por el incendio, y error de hecho por apreciación errónea de la póliza del seguro";

d) Por error de hecho resultante de haber dejado de apreciar o pasado por alto las siguientes pruebas: las posiciones absueltas por la demandante, la diligencia de folios 13 a 19 del cuaderno número 5, la diligencia en que aparece el contrato celebrado con Uribe, García Alvarez & Cía., la carta que obra al folio 12 del cuaderno número 1, los documentos que obran al folio 14 y al folio 15 del mismo cuaderno número 1 y la carta que obra al folio 23 del mismo.

El recurrente estima que como consecuencia del error de hecho a que se refiere la letra a) se violaron los artículos 641, 656, 659, 689, 705 y 711 del Código de Comercio, 14 de la ley 27 de 1888 y 721 y 722 del Código Judicial; que como consecuencia del error de hecho a que se refiere la letra b) se violaron los artículos 721 y 722 del Código Judicial y 674 y 656 del Código de Comercio; que como consecuencia del error a que se refiere la letra c) se violaron los artículos 703, 705, y 711 del Código de Comercio y 655, 656, 660 y 662 del Código Civil, y que como consecuencia del error de hecho a que se refiere la letra d) se violaron los artículos 641, 656, 689, 705, 711 del Código de Comercio y 637, 648, 721 y 730 del Código Judicial.

III

Examen de los fundamentos del recurso

Primer cargo

El contrato sobre que versa el litigio es de los que Saleilles llamó "contratos de adhesión", y otros expositores, quizá con más propiedad, denominan "contratos por adhesión", que se caracterizan:

a) Porque en ellos la oferta —dirigida a personas indeterminadas— tiene un carácter general y permanente, y se presenta frecuentemente impresa, en forma de contrato-tipo, para que sea aceptada o rechazada en bloque;

b) Porque la oferta emana generalmente de una persona natural o jurídica que goza de un monopolio de hecho o de derecho o al menos de un gran poder económico, ya en razón de sus propias fuerzas, ya por su unión con otras empresas análogas;

c) Porque los contratos en cuestión constan de numerosas cláusulas, de difícil lectura, cuidadosamente redactadas en interés de quien hace la oferta y cuya trascendencia no puede ser en la mayor parte de los casos debidamente apreciada por el adherente;

d) Porque —a diferencia de lo que sucede en los contratos comunes y corrientes, en que las cláusulas y condiciones se discuten, se pesan y se miden libremente por ambas partes— en los contratos de que se viene hablando se excluye toda discusión entre las partes, con evidente menoscabo del principio de la autonomía de la voluntad, pues una

de ellas elabora, para formular la oferta, un reglamento o estatuto y la otra se limita a someterse a las condiciones de éste si necesita el servicio que el co-contratante está en capacidad de procurar.

La casi unanimidad de la doctrina —a pesar de lo que recientemente ha sostenido París le Clerc— reconoce y admite sin dificultad que el seguro es un contrato de adhesión y que no solamente presenta todos los peligros de los contratos de adhesión, sino que es quizá el más peligroso de todos ellos. (Missol, "El seguro, contrato de adhesión, y el problema de la protección del asegurado").

Ni nuestro Código ni el Código francés se ocuparon de los contratos de adhesión, porque éstos surgieron como resultado de las transformaciones económicas y sociales realizadas después de la expedición de uno y otro. En tales Códigos se enfocó la noción de contrato sobre la base de que "dos personas, de idéntica situación jurídica y de igual poder económico, exponen y discuten en un libre debate sus pretensiones opuestas, se hacen concesiones recíprocas y acaban por celebrar un acuerdo cuyos términos han sido pesados y que en realidad constituye la expresión de su común voluntad". Como resultado de esa concepción se estableció en dichos Códigos que todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes.

Por eso —y porque es incuestionable, como lo reconoce generalmente la doctrina, que los contratos de adhesión son peligrosos para el adherente, pues éste no se ha entendido con el contratante de igual a igual sino que ha tenido frente a sí una empresa más o menos poderosa que naturalmente aprovecha o trata de aprovechar su superioridad económica para imponer discusiones no sujetas a su libre discusión— se ha procurado con esmero en los últimos tiempos —lo mismo en el terreno legislativo que en el campo de las teorías doctrinarias y jurisprudenciales— encontrar medidas eficaces y razonables de protección especial para quienes en el contrato de adhesión pueden llegar a ser víctimas de la ley del más fuerte.

Dentro de ese orden de ideas —ya para descartar la aplicación del principio, antes aludido, según el cual todo contrato es una ley para los contratantes, ya para suavizar o atemperar las consecuencias de ese principio, que encuentra su fundamento en la idea de que la convención es la expresión de la voluntad común de las partes y el resultado de su libre colaboración— se han ideado, aparte de las medidas legislativas de que adelante se hablará, teorías encaminadas a justificar reglas especiales de interpretación en favor del adherente.

Al efecto, varios tratadistas, en su mayor parte de derecho público, han sostenido que los actos de adhesión no tienen de contractual sino el nombre y que la operación se descompone en la emisión de una voluntad reglamentaria a la cual viene a adherirse otra voluntad. Según esa teoría, llamada teoría reglamentaria, la voluntad de quien hace la oferta basta por sí sola para determinar el contrato y los efectos del acto: es ella la que crea la obligación. La adhesión no desempeña sino un papel secundario; ella no contribuye a la formación del acto sino que viene a ser una condición necesaria y accesoria a la vez para la eficacia de aquél.

Como resultado de esta concepción se descartan, desde luego, tanto la aplicación del principio según el cual todo contrato es una ley para los contratantes, como la aplicación de las reglas generales sobre interpretación de los contratos, y se propone, en cambio, un sistema de interpretación según el cual la voluntad predominante de quien hace la oferta debe ser aplicada conforme a las exigencias de la buena fe y de las reglas económicas en juego, sin perder de vista las leyes de humanidad que se imponen desde que un particular o una compañía o una autoridad pública intervienen, por vía de reglamentos generales, en las condiciones de la vida económica o social de un individuo. Como no se trata de averiguar cuál fue la voluntad común de dos contratantes sino de interpretar la manifestación unilateral de una voluntad reglamentaria, tal interpretación tendrá que hacerse con la elasticidad que caracteriza la interpretación de la ley propiamente dicha, teniendo en cuenta, no lo que puede creer y desear el adherente, sino lo que esas cartas generales deben ser en interés de la colectividad a la cual se dirigen, y sin perder de vista, por una parte, que cada cláusula debe aplicarse de conformidad con el fin de la operación y ser útil al buen funcionamiento de ésta, y, de otro lado, que hay que hacer intervenir en todo caso las consideraciones de equidad conducentes a la protección del adherente.

Otros autores sostienen la llamada teoría contractual de los actos de adhesión, que es la que ha llegado a predominar entre los civilistas y según la cual los contratos de adhesión sí tienen real y efectivamente el carácter de verdaderos contratos. "Contratos especiales quizá, y que por ese concepto merecen una interpretación particular, pero contratos al fin", porque si la voluntad

del adherente no da la medida de la obligación, de ella depende en cambio lo único que es esencial: la existencia misma de la obligación.

Pero los partidarios de esa teoría no han dejado de hacer toda clase de esfuerzos a su vez en el sentido de proteger eficazmente al adherente, y al efecto se han ideado para el caso sistemas especiales de interpretación como el propuesto por Dereux, según el cual en los contratos de adhesión hay que distinguir las cláusulas esenciales, sobre las cuales ha debido necesariamente recaer la atención del adherente y que ordinariamente han sido objeto de una discusión, de las cláusulas accesorias que el adherente no conoció o conoció mal y que en todo caso no comprendió sino imperfectamente. Respecto de las primeras no hay inconveniente en aplicar el principio según el cual todo contrato es ley para las partes, pero cuando se trata de las otras cláusulas —de las accesorias, a las cuales el adherente no les ha atribuído gran importancia, porque las considera destinadas simplemente a regular los puntos de detalle de la convención— debe admitirse que ellas no son oponibles al adherente sino en cuanto se limiten a precisar y completar las cláusulas esenciales, y en ningún caso en cuanto modifiquen el alcance del contrato.

Partiendo de esa misma base, de que los contratos de adhesión sí son verdaderos contratos, pero contratos a los cuales no se les puede aplicar en todo rigor el principio de la libertad contractual, dice Josserand: "No quiere decir lo anterior que carezca de interés el distinguir los contratos de "gre a gré" y los contratos de adhesión; las cláusulas de estos últimos no se imponen con la misma evidencia que las de los primeros porque frecuentemente ellas están como ahogadas en un reglamento "pase-partout" del cual el cliente de la empresa —viajero, asegurado, obrero, empleado— no ha tenido efectivamente conocimiento, y que aceptó, en confianza, con los ojos cerrados. En estas condiciones corresponde al juez investigar si tal o cuál cláusula litigiosa ha sido verdaderamente aceptada por las partes o si su inserción en el reglamento compacto y misterioso constituye una trampa para una de ellas. En esta última eventualidad, el Tribunal, en nuestro sentir, tiene el poder de descartar la autoridad de esa cláusula, sobre todo si ella no guarda armonía con las cláusulas esenciales que constituyen la trama misma de la operación y que han sido conocidas por los interesados y aceptadas por éstos".

No todos los autores admiten la posibilidad de adoptar sistemas nuevos originales o especiales de interpretación para los contratos de adhesión, pero sí están todos de acuerdo, en cambio, en reconocer que constituyen ellos un campo excepcionalmente propicio para la aplicación extensiva de tres de los principios clásicos de la interpretación de los actos jurídicos, a saber: a) las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes se interpretarán contra ella; b) conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras; c) entre dos cláusulas incompatibles el juez puede preferir la que parezca expresar mejor las intenciones del adherente.

Por su parte la jurisprudencia francesa —además de los esfuerzos que ha hecho para descartar la aplicación de ciertas cláusulas en razón del principio de la buena fe o con fundamento en las reglas de la fuerza mayor o por no tener razón de ser determinada obligación impuesta al asegurado— ha utilizado frecuentemente los aludidos principios de interpretación para proteger al adherente.

Al efecto, —como lo explica Missol, al hacer la síntesis de esa jurisprudencia—"cuando una cláusula puede pasar por imprecisa, oscura o ambigua, los tribunales aprovechan eso para usar ampliamente del poder que se les reconoce de investigar la intención de los contratantes y de interpretar la póliza en favor de la parte que se obliga, es decir, del asegurado". Después de exponer algunos ejemplos pertinentes, el mismo autor agrega: "Resulta de los ejemplos que acabamos de dar que los tribunales procuran interpretar las cláusulas de las pólizas en la forma más favorable para el asegurado; es decir, de una manera amplia cuando ellas ponen una obligación a su cargo". Y más adelante —refiriéndose especialmente a la aplicación del principio según el cual debe predominar la intención de las partes sobre las palabras de la convención— dice el propio tratadista: "Sea como fuere, la jurisprudencia ha usado mucho en favor del asegurado el medio de protección resultante de una supuesta renuncia de la compañía a sus prerrogativas. Ella se ha servido de ese medio para cubrir las razones de equidad que en realidad motivan sus soluciones....". Finalmente, observa Missol —al comentar la jurisprudencia concerniente a los casos de contradicción entre las cláusulas de una póliza— que los tribunales han llegado en esta materia hasta aprovechar la amplitud que se les deja en el dominio de la interpretación para invocar, en ciertos casos, en favor del asegura-

do, incompatibilidades que no son manifiestas.

Refiriéndose a las mismas decisiones jurisprudenciales aludidas, en una obra recientísima, E. de Lagrange dice lo siguiente: "El contrato de seguro ha dado lugar a las mismas vacilaciones jurisprudenciales; una sentencia de la Corte de París ensayó distinguir las cláusulas escritas de las cláusulas impresas, sobre la base de que estas últimas podían escapar más fácilmente a la atención del asegurado. La Corte afirmó que no se podía presumir que el asegurado hubiera aceptado las estipulaciones desfavorables a sus intereses que se encuentran impresas por anticipado en la póliza. Esta sentencia fue casada por la Corte de Casación, que declaró las cláusulas impresas asimilables a las cláusulas escritas y dijo que la firma al pie de la póliza implica conocimiento y aceptación de todo lo que ella contiene. El contenido del contrato, cualquiera que sea, tiene pues para las partes fuerza de ley. Pero más de una reserva vienen a atemperar el rigor de esta solución: en primer lugar las cláusulas de la póliza deben ser claras y precisas; la póliza debe fijar nitidamente el riesgo garantizado y la prima pagable. Cuando falta la claridad necesaria la duda debe interpretarse en favor del deudor de la prima contra el cual se ha invocado una caducidad, y cuando las cláusulas impresas están en contradicción con cláusulas manuscritas, el juez les atribuye a éstas un mayor valor y puede rehusar darles efecto a las primeras. No reconoce con ello implícitamente la desconfianza que le inspiran las pre-redacciones unilaterales?—Aun en los casos en que el contrato es perfectamente claro, la Corte Suprema, que se niega a anular en virtud del orden público ciertas cláusulas particularmente rigurosas para el asegurado, admite que ellas deben ser interpretadas restrictivamente. En fin, la Corte de Casación va todavía más lejos al admitir que el uso puede prevalecer sobre una cláusula precisa y formal de la póliza y al negarse a darle efecto a la cláusula de caducidad por retardo del asegurado en el pago de la prima cuando ésta se ha estipulado en el contrato en una forma contraria a los hábitos adoptados por las compañías de seguros. Es necesario que las cláusulas de los contratos no sean trampas tendidas a las partes con el objeto de que una de ellas se exonere directa o indirectamente de sus obligaciones contractuales o se enriquezca injustamente a expensas de la otra. Toda la diferencia entre el contrato de 'gré a gré" y la nueva técnica contractual reside en el papel del juez que debe examinar de más cerca el hecho e investigar más minuciosamente la común intención de las partes. Una sentencia del Tribunal de paz de Burdeos del 10 de agosto de 1931 destaca ese papel del juez, quien le quita todo efecto a una mención de no reembolso y de validez prorrogada escrita sobre una boleta de espectáculo cuando las circunstancias de hecho indican claramente la ignorancia del espectador y la imposibilidad material en que se encuentra de aprovechar la prórroga de la boleta".

Como todos estos esfuerzos hechos por la jurisprudencia en favor de los asegurados, con fundamento en las reglas de la interpretación y al impulso de los dictados de la equidad, son necesariamente limitados y de otro lado provocan un constante proceso de perfeccionamiento de la redacción de las pólizas, pues a medida que los tribunales tachan de ambigua una cláusula, las compañías se apresuran a aclararla en su favor para lo sucesivo, se ha invitado a los tribunales a buscar la protección del asegurado en otros recursos técnicos, a saber: el principio de la nulidad de las convenciones contrarias al orden público y a las buenas costumbres, las normas jurídicas sobre la causa de las obligaciones, la teoría de los vicios del consentimiento, ampliamente aplicada, la teoría del abuso del derecho, etc.

Por otra parte —sobre la base de que, aunquando los tribunales tienen la posibilidad de hacer jugar en favor del asegurado algunas reglas protectoras del derecho común sobre la interpretación de los contratos, esa protección resulta en la práctica insuficiente— se han consagrado en las legislaciones normas de carácter imperativo, que limitan en favor del asegurado la libertad contractual para impedir los abusos de la prepotencia económica, pero sobre la base de que no obstante tratarse de disposiciones imperativas, éstas pueden ser derogadas en beneficio del asegurado porque constituyen con respecto a éste un mínimo de garantías que no impide la adopción de cláusulas más liberales, como lo expuso Monsieur Fallieres, Ministro del Trabajo, en respuesta a una carta del presidente del Sindicato de aseguradores por medio de la cual éste pedía que se modificaran algunos artículos del proyecto sobre seguros, presentado por el gobierno francés, bajo pretexto de que las disposiciones de esos artículos eran menos favorables para los asegurados que las contenidas en las pólizas de ciertas compañías.

No es menester, en el caso que se estudia, para llegar a la conclusión de que el Tribunal

no incurrió en un error de hecho al interpretar la cláusula 13 de la póliza, buscar atenuaciones o restricciones al principio sobre la fuerza legal de las convenciones, ni acudir a la llamada teoría reglamentaria de los actos de adhesión, ni apelar a sistemas especiales de interpretación como el propuesto por Dereux, ni siquiera darles una aplicación extensiva y tendenciosa, inspirada en consideraciones de equidad, a las reglas de derecho común sobre interpretación de los actos jurídicos.

Basta y sobra, para poner de manifiesto que en el fallo no se incurrió en el error de hecho de que habla el recurrente, hacer una aplicación normal y corriente de dos principios que encuentran en los contratos de adhesión un campo excepcionalmente propicio para intervenir con eficacia aun en concepto de quienes con mayor timidez abordan el problema. Se trata de dos principios que, por lo demás, aparecen expresamente consignados, con mayor claridad y nitidez que en el Código francés, en los artículos 1618 y 1624 de nuestro Código Civil: "Conocida claramente la intención de los contratantes debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras"; "....las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella".

Según la cláusula 13 de la póliza "La Compañía puede, a su arbitrio, reponer o substituir la propiedad dañada o destruída o cualquier parte de ella, en vez de pagar el monto de la póliza o daño, o puede unirse, para efectuarlo, a otras Compañías o Aseguradores, pero la Compañía no se compromete a reponer exacta o completamente sino sólo conforme las circunstancias lo permitan y en una forma razonablemente suficiente, y en ningún caso estará obligada a pagar la Compañía mayor suma por la reposición de lo que habría costado reponer la propiedad al estado en que se hallaba cuando tuvo lugar la pérdida o daño, ni tampoco mayor suma de la que representaba el seguro de la propiedad aludida. Si la Compañía decidiere reponer o substituir cualquiera propiedad el asegurado proporcionará, a sus expensas, a la Compañía, todos los planos, especificaciones, medidas, cantidades y demás detalles que la Compañía necesite, y ningún acto que emane directa o indirectamente de la Compañía con objeto de reparar o substituir, será interpretado como prueba de que la Compañía elige la reposición o substitución. Si en cualquier caso la Compañía no puede reponer o substituir la propiedad asegurada por la presente Póliza, a causa de cualesquiera disposiciones municipales o de otra clase en vigor y que afecten el alineamiento de las calles, a la construcción de edificios u otras, la Compañía sólo estará obligada a pagar en tal caso una suma equivalente a la que habría costado reponer o substituir la propiedad, si legalmente ésta hubiera podido volverse a su primitivo estado".

El fallador —teniendo en cuenta que en el caso que se estudia ocurrió cabalmente la hipótesis prevista en la parte final de la cláusula preinserta, pues por razón de las disposiciones municipales sobre alineamiento no era posible reponer o substituir la edificación tal cual— aplicó lisa y llanamente la estipulación contractual contenida en esa parte final de la cláusula 13 y al tenor de ella condenó a la Compañía a pagar una "suma equivalente a la que habría costado reponer o substituir la propiedad si legalmente ésta hubiera podido volverse a su primitivo estado".

El recurrente considera que la Compañía goza en todos los casos —inclusive en ese caso a que se refiere la última parte de la cláusula 13— de una opción entre dos prestaciones de valor desigual que pueden enunciarse así: sustitución o reposición de la cosa y pago del valor que ésta tenía en el momento del incendio. Partiendo de esa base afirma que el Tribunal incurrió en error de hecho manifiesto al estimar que lo estipulado en el contrato es que la Compañía pague, en un caso como el ocurrido, una suma equivalente a la que habría costado reponer o substituir la propiedad al estado que tenía antes del incendio. La estipulación de la parte final de la cláusula 13, en sentir del recurrente, debe entenderse subordinada a la opción en favor de la Compañía, según la cual ésta puede escoger entre reponer la cosa o pagar el valor que ésta tenía en el momento del siniestro, y sólo en el caso de que la Compañía opte por el primer extremo, puede aplicarse la parte final de la cláusula 13 si por otra parte ha ocurrido la hipótesis allí prevista.

Pero, de un lado, el último inciso de la cláusula 13 está concebido y redactado en tal forma que, dentro de las normas de interpretación a que arriba se aludió, no puede admitirse como cosa clara, inequívoca y ajena a toda ambigüedad, que su aplicación esté condicionada por los efectos de una opción de carácter general en favor de la Compañía, y de otro lado media la circunstancia —suficiente por sí sola para considerar infundado el cargo de error de hecho— de que la póliza no contiene, al menos en una forma clara y no ocasionada a dudas razonables y

serias, la estipulación de que habla el recurrente sobre una opción en favor de la Compañía consistente en poder escoger entre la sustitución o reposición del edificio y el pago del valor que éste tenía en el momento del incendio.

La opción consagrada por la póliza en favor de la Compañía es muy distinta. No es una opción entre dos prestaciones de valor desigual como la que el recurrente enuncia. Es —e interpretarla de otro modo equivaldría a hacer todo lo contrario de lo que la doctrina enseña en materia de contratos de adhesión— una opción entre dos prestaciones equivalentes, o, mejor dicho, entre dos formas o modos de llegar a un mismo resultado: la indemnización del daño sufrido por el asegurado.

No se trata para la Compañía de escoger entre una prestación que realmente implique indemnización y otra que no alcance a indemnizar completamente al asegurado, sino de la escogencia entre la indemnización en dinero y la indemnización en especie.

En efecto, lo que dice la póliza es que "la Compañía puede a su arbitrio reponer o substituir la propiedad dañada o destruída o cualquier parte de ella, en vez de pagar el monto de la pérdida o daño". Para el recurrente, pagar el monto de la pérdida o daño es exactamente igual a pagar el valor que la cosa destruída tenía en el momento del incendio, aunque —por la natural diferencia que hay entre un edificio nuevo y uno antiguo, no obstante ser idénticos y construídos con materiales de la misma clase— la suma representativa del valor que la cosa destruída tenía en el momento del siniestro no alcance para construir otro edificio exactamente igual al incendiado.

Pero como el daño o perjuicio sufrido por el incendio de un edificio no se repara o indemniza completamente sino mediante la construcción de un edificio igual, y como el seguro es un contrato de indemnización, no hay razón para estimar que se ha pagado el monto de la pérdida o daño cuando sólo se le ha dado al asegurado una cantidad equivalente al valor de la cosa destruída en el momento del incendio pero con lo cual el asegurado no puede construír otro edificio idéntico a aquel de cuyos servicios se vio privado por el siniestro.

En otros términos: la locución "monto de la pérdida o daño" no puede interpretarse —sobre todo tratándose como en este caso de un contrato de adhesión— en el sentido de que en ella sólo queda comprendido el "valor que la cosa destruída tenía en el momento del incendio", para darle, mediante esa interpretación, al asegurado, una suma inferior a la que representa el valor de construcción de un edificio igual al incendiado, porque ello conduciría a que dicho asegurado no quedara debidamente indemnizado o, lo que es lo mismo, a que el daño sufrido por él no quedara completamente reparado.

Refiriéndose a esta cuestión de la reparación del daño sufrido por el propietario de un edificio incendiado, dicen Henri et Leon Mazeaud:

"La víctima tiene en efecto derecho a la reparación de la integridad del daño. Su acreencia es, pues, igual al daño sin ninguna deducción. El objeto que le pertenecía ha sido destruído o deteriorado; ella no podía compensar el daño sin comprar un nuevo objeto o hacer reparar el antiguo.... Reparar es, pues, reembolsarle el precio de compra del objeto nuevo, el costo de las reparaciones y de los trabajos, y sólo de esa suerte se borra el perjuicio. Sin duda ella ha realizado por otra parte un beneficio: diferencia de lo viejo a lo nuevo.... Pero la cuestión consiste en saber si ese beneficio constituye una acreencia a favor del responsable, acreencia que vendría a compensarse con la deuda de éste por la indemnización. Esto no acontecería sino en el caso de que, por concepto de ese beneficio procurado a la víctima, el responsable dispusiera de la acción de in rem verso". Pero, como lo explican a continuación los autores citados, refiriéndose a un caso distinto pero análogo, no dispondría el responsable de la acción de in rem verso, porque faltaría la tercera de las condiciones requeridas para el enriquecimiento sin causa, a saber: que el enriquecimiento verdaderamente sea injusto, ilegítimo o sin causa. En el caso que se estudia, ese posible enriquecimiento del asegurado tendría su causa en el contrato mismo y sería un enriquecimiento inevitable, porque si se pretendiera evitar entonces el daño quedaría sin ser debidamente reparado y el asegurado no quedaría realmente indemnizado. "No existía para la víctima —concluyen los autores citados— nigún otro medio para reparar el perjuicio que el procurarse un objeto nuevo; ella no podía hacer otra cosa; su enriquecimiento resulta indisolublemente ligado a la reparación". Pero tal endiquecimiento tiene, como la reparación misma, su contrapartida y su justificación en el contrato, por lo que no es injusto, ni ilegítimo, ni sin causa.

El artículo 641 del Código de Comercio establece que respecto del asegurado el seguro es un contrato de mera indemnización y que jamás puede ser para él la ocasión de

una ganancia, pero es claro que la "ganancia" a que se refiere dicho texto no es ese beneficio de que habla Mazeaud tan íntima e indisolublemente ligado al concepto mismo de reparación del daño, en casos como el presente, que dejaría de ser completa y efectiva la indemnización si tal beneficio se pretendiera evitar. La ganancia de que habla el Código no puede ser el beneficio que surge como consecuencia ineludible del fenómeno mismo de la indemnización efectiva y completa y que no implica enriquecimiento injusto o sin causa, pues el legislador no pudo haber pretendido con la prohibición aludida impedir que, en hipótesis como la que se contempla, quedara el asegurado realmente indemnizado. Lo que el legislador pretendió evitar fue la posibilidad de ganancias injustas, indebidas y sin causa, en un contrato de mera indemnización.

Por otra parte, como ya se observó, la cláusula fundamental de la póliza dice que la Compañía pagará o indemnizará al asegurado, por los daños o pérdidas de la propiedad asegurada en caso de incendio, hasta una cantidad que no exceda de $ 30.000. Y la indemnización, que no es otra cosa que la reparación del daño sufrido, no tiene por qué ser entendida en el sentido de que excluya la diferencia que haya entre el valor de la cosa destruída en el momento del incendio y la cantidad de dinero suficiente para construír un edificio exactamente igual. No queda indemnizado —porque no se le ha reparado completamente el daño— el que recibe una cantidad de dinero que no le alcanza para levantar una edificación igual en cuanto sea posible a la que se incendió. Este asegurado quedaría soportando una pérdida y por lo tanto no quedaría indemnizado.

La cláusula 10ª de la póliza, en su parte final, no sería bastante por sí misma para admitir que cuando en la cláusula 13 se habla del monto de la pérdida o daño se entiende por tal el valor de la propiedad en el momento del siniestro sin incluír utilidades de ninguna clase, porque dicha cláusula tiene apenas como finalidad la de precisar las obligaciones de información que tiene el asegurado en caso de incendio para con la Compañía.

En síntesis: el Tribunal no incurrió en el error de hecho manifiesto de que habla el recurrente al estimar que lo estipulado en el contrato es que la Compañía pague, en un caso como el ocurrido, una suma equivalente a la que habría costado reponer o sustituír la propiedad al estado que tenía antes del incendio, pues eso es lo que dice la última parte de la cláusula 18, y la consideración fundamental hecha por el recurrente en el sentido de que dicha parte final no excluye la opción en favor de la Compañía y sólo tiene por ende aplicación en el caso de que la Compañía haya optado por la reposición en lugar de optar por el pago del valor de la cosa destruída en el momento del incendio, es una consideración que sólo tendría valor en el caso de que realmente se hubiera estipulado tal opción como el recurrente la entiende, sobre la base de que "el monto de la pérdida o daño" es efectivamente distinto al valor de construcción de un edificio idéntico al incendiado, y en el caso de que, por otra parte, el inciso final de la cláusula 13 subordinara claramente lo allí establecido a las consecuencias jurídicas de una opción entre dos prestaciones de valor desigual.

Es claro por lo demás que si no hubo por parte del Tribunal error manifiesto de hecho en la apreciación del contrato no lo hubo tampoco en la apreciación de los dictámenes periciales. El Tribunal partió de la base de que los $ 22.090.82 de que hablan los peritos Jaramillo y Aguilá representan una suma equivalente a la que habría costado reponer o sustituír la propiedad y no simplemente el valor del edificio asegurado en el momento del incendio. Pero como el Tribunal, sin incurrir con ello en un error manifiesto de hecho, consideró que lo que la Compañía debía era "una suma equivalente a la que habría costado reponer o sustituír la propiedad" tomó como base esa cifra de $ 22.090.82 para la condenación que hizo contra la Compañía.

Segundo cargo

Basta para rechazarlo tener en cuenta que según consta a folios 17 vueltos del cuaderno número 2, los peritos Jaramillo y Aguilá, de una manera clara, terminante y concluyente, aseguraron que para llegar a ese avalúo de $ 22.090.82 tomaron en cuenta el precio que los materiales, los jornales de los obreros y la dirección de la obra de construcción tenían en la fecha del siniestro, "descontando el valor de los materiales aprovechables".

No importa que en los presupuestos por ellos elaborados no se haga en forma de sustracción o resta ese descuento del valor de los materiales aprovechables. Ello querrá decir simplemente que al hacer la lista de los materiales necesarios no incluyeron todos aquellos que habrían sido indispensables en el caso de que no hubieran quedado por el incendio materiales aprovechables.

Tercer cargo

De acuerdo con el artículo 658 del Código Civil "se reputan inmuebles, aunque por su

naturaleza no lo sean, las cosas que están permanentemente destinadas al uso, cultivo y beneficio de un inmueble, sin embargo de que puedan separarse sin detrimento". Entre los ejemplos que al efecto trae el mismo Código figuran no solamente cosas tales como las prensas, calderas, cubas, alambiques, toneles y máquinas que forman parte de un establecimiento industrial, sino también otras cuyo carácter de inmuebles por accesión resulta todavía más difícil concebir: los animales destinados al cultivo o beneficio de la finca.

Como en la póliza consta que el primer piso del edificio asegurado estaba destinado para almacenes de mercancías y como la misma póliza, al referirse a la cosa asegurada, habla invariablemente de un edificio, sin excluir las cosas que por accesión debieran reputarse como partes de ese inmueble, al tenor del referido artículo 658, es claro que el Tribunal no incurrió en error de hecho al considerar como parte integrante de la propiedad asegurada la estantería y mostradores de los locales destruídos por el incendio. Al partir de esa base, el Tribunal no consideró que en el contrato de seguro se hubieran incluído los muebles existentes en el edificio. Simplemente estimó que de la indemnización no tenían por qué quedar excluídos los inmuebles por accesión, y al proceder así no incurrió en un error de hecho manifiesto.

Cuarto cargo

Dice el recurrente que el Tribunal dejó de apreciar varias pruebas, pero no afirma ni sugiere siquiera que la falta de apreciación de esas pruebas hubiera tenido alguna incidencia sobre la parte resolutiva del fallo.

Por otra parte, es bien sabido que en casación la falta o la mala apreciación de pruebas no es bastante para determinar la infirmación del fallo acusado, pues es menester demostrar que esa falta de apreciación o esa mala apreciación de pruebas condujeron a un error de hecho manifiesto, y el recurrente no dice siquiera en qué consistió el error.

De otro lado, como lo hace notar el opositor, el Tribunal sí dijo que había examinado las demás pruebas y que ellas no desvirtuaban el concepto que se había formado del pleito, a saber: que la indemnización debía tener como base el precio de la reconstrucción del edificio conforme a lo dispuesto en la parte final de la cláusula 13 de la póliza.

No habiendo incurrido el Tribunal en los errores de hecho que le imputa el recurrente no pudo haber lugar a que, como consecuencia de ellos, se violaran los artículos legales que se citan en la demanda de casación. No es el caso por lo mismo de entrar a considerar en detalle los que el recurrente ha llamado "errores de derecho", denominación bajo la cual presentó, no propiamente cargos distintos, sino simplemente las listas de las normas jurídicas a cuya infracción, según el recurso, llegó el Tribunal como resultado de los errores de hecho atribuídos por aquél a éste.

Finalmente, como nuestra legislación consagra en el artículo 14 de la ley 27 de 1888 la regla de que "las disposiciones del Código de Comercio se aplicarán a los contratos de seguros en tanto que los contratantes no hayan estipulado expresamente otra cosa", y como ese principio no quedó limitado ni restringido en manera alguna, contra el asegurado, por el artículo 20 de la ley 105 de 1927, no es el caso de entrar a estudiar las disposiciones de carácter supletivo a que se refiere el recurrente, tratándose como se trata en este caso de un problema de interpretación contractual.

Si, como atrás se vio, las normas de carácter imperativo que en otros países se han dictado sobre seguros no constituyen obstáculo para que, en favor del asegurado, se estipulen condiciones más ventajosas que las consagradas legislativamente, por implicar éstas un mínimo de garantías en favor del adherente, mal podía buscarse en las reglas de carácter supletivo de nuestro Código una limitación o restricción a los derechos que contractualmente se le reconocieron al asegurado como consecuencia de la aplicación —por cierto contraria a la tendencia universal en esa materia— que el legislador colombiano hizo, para el contrato de seguro, de los principios sobre autonomía de la voluntad y sobre libertad contractual.

Es cierto que —no obstante lo dispuesto por el artículo 14 de la ley 27 ya citada— hay entre las reglas jurídicas a que alude el recurrente una fundamental, que no tiene propiamente carácter supletivo o interpretativo —la ya estudiada conforme a la cual el seguro es un contrato de mera indemnización que no puede ser para el asegurado ocasión de una ganancia— pero, como ya se vio, no es posible darle a esa norma el alcance que el recurrente le atribuye cuando la invoca para sostener que el asegurado no tiene derecho, en un caso como éste, a la cantidad necesaria para reponer la edificación con otra idéntica en lo posible a la incendiada, sino a una suma menor —diga lo que dijere el contrato— por la diferencia de valor entre un edificio antiguo y uno nuevo.

aunque el nuevo sea igual al antiguo y construído con los mismos materiales. Como esta suma menor no alcanzaría a borrar o hacer desaparecer el daño —que sólo se borra procurándole al asegurado una cosa que le preste el mismo servicio que le prestaba la destruída— no se repararía el perjuicio ni se indemnizaría al asegurado si sólo se le diera esa suma menor, insuficiente para reponer la edificación. El ideal en materia de indemnización es la reparación en especie, la reposición o sustitución de la cosa destruída. Cuando por uno o por otro motivo se indemniza con dinero, la cantidad tiene que ser equivalente a la de la reparación en especie.

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 casa la sentencia dictada en este juicio por el Tribunal Superior de Bogotá con fecha 29 de febrero de 1936.

Costas a cargo del recurrente.

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

Antonio Rocha, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J., Juan Francisco Mújica, Eduardo Zuleta Angel, Emilio Prieto Hernández, Srio. Int.

MEDIOS NUEVOS EN CASACION.—DOCTRINA FRANCESA SOBRE EL PARTICULAR.—CONTRATO ENTRE CONYUGES: ESTIPULACIONES CONTRARIAS A LA POTESTAD MARITAL Y AL REGIMEN DE COMUNIDAD.—PRINCIPIO DE LA LIBRE ENAJENACION DE LOS BIENES; EXCEPCIONES; CLAUSULAS DE LA NO ENAJENACION.

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

(Magistrado ponente: Dr. Eduardo Zuleta Angel)

I

ANTECEDENTES

1º Por escritura pública número 112 de 10 de marzo de 1913 de la Notaría 2ª de Tunja, Tomasa Bermúdez les vendió el inmueble de cuya reivindicación se trata a Francisco Monroy y Teresa Sánchez, "esposos entre sí", según reza dicho instrumento.

2º A esa escritura pertenece la siguiente cláusula: "Los compradores declaran entre sí: Que ninguno de ellos puede disponer de su parte mientras no muera uno de los esposos y en caso de que no haya sucesión, la parte que le corresponde a la señora Sánchez quedará para su familia o para sus hermanos".

3º Antes de la muerte de Teresa Sánchez —que falleció el 27 de septiembre de 1916—, Francisco Monroy, por instrumento 574 de 21 de julio de ese mismo año, le vendió el inmueble mencionado a María de la Paz Corredor, la cual a su turno —por escritura número 162 de 12 de septiembre de 1924, de la Notaría de Leyva— lo vendió a Nicudemus Rojas, quien, a su vez, lo vendió a la demandante, según consta en la escritura 673 de 20 de noviembre de 1924 de la Notaría 1ª de Tunja.

4º Con copia auténtica, debidamente registrada, de la escritura últimamente citada y con un certificado del registrador de instrumentos públicos de Tunja —en el que aparece que la inscripción que de dicho instrumento se hizo no ha sido cancelada y que en cambio con tal inscripción se canceló la que se había hecho de la escritura de venta de María de la Paz Corredor a Nicudemus Rojas— promovió la señorita Mercedes Díaz demanda de reivindicación contra el doctor Misael Díaz Quiroga, quien, al contestar el libelo, manifestó, en sustancia: Que negaba el dominio de la demandante sobre el inmueble referido; que se oponía a que se hicieran las declaraciones pedidas por la actora; que no le otorgaba valor alguno a la escritura presentada con la demanda ni al certificado del registrador; que negaba los hechos y que proponía las excepciones perentorias de inepta demanda y petición de un modo indebido, cuyos fundamentos de hecho y de derecho "me los reservo —dijo el demandado— para alegarlos en oportunidad según resulten o no de las pruebas que se exhiban en el término probatorio y demás documentos que se traigan al debate".

5º Como se constatara en el curso del juicio que dentro de los linderos generales de la finca, tal como ellos aparecen designados en la demanda, existen dos casas, una antigua y otra nueva, poseídas la primera por el demandado y la segunda por la demandante, el Juzgado —que encontró, por

lo demás, fundada la acción reivindicatoria— condenó al demandado a restituír, no todo el inmueble alinderado en la demanda, sino la parte de él poseída por el doctor Misael Díaz Quiroga, advirtiendo que "el hecho de que el demandante haya demandado en reivindicación una parte mayor de la que en realidad posee el demandado, no significa que la acción no pueda prosperar".

6º Después de dictada la sentencia de primera instancia, el demandado, doctor Misael Díaz Quiroga, por escritura pública 624 de 18 de octubre de 1934, celebró con Joaquín y Avelina Sánchez Rangel un contrato de compraventa por medio del cual estos últimos "en su carácter de hermanos legítimos de la señora Teresa Sánchez Rangel, quien no tuvo descendencia legítima de su esposo Francisco Monroy, dan en venta real y enajenación perpetua al doctor Misael Díaz Quiroga, mayor también de edad, es a saber, los derechos hereditarios que les correspondan y pudieran corresponderles por herencia de su finada hermana Teresa Sánchez, en una casa denominada "Los Azulejos", ubicada en el barrio de Santa Bárbara de la ciudad de Tunja.

7º El Tribunal confirmó la sentencia del Juzgado, fundándose en que se habían reunido los cuatro requisitos necesarios para la reivindicación: Ser el demandante dueño de la cosa; no estar aquél en posesión de ésta; ser el demandado poseedor material de lo que se reivindica y estar debidamente singularizada la cosa cuya restitución se demanda.

II

CARGOS FORMULADOS CONTRA LA SENTENCIA

Contra el fallo del Tribunal formuló el recurrente los siguientes cargos:

a) Infracción directa de los artículos 669, 673 —relacionado con el 1008— 740, 745, 749, 750 —inciso primero— 756, 1530, 1540, 1541, 1548, 2322, 2323, 2328, 2336 y 2340 del C. C., por cuanto el Tribunal dio por sentado que la demandante "es dueña legítima y absoluta del inmueble que reivindica". "Ese inmueble —dice el recurrente— quedó adquirido en comunidad por estos dos señores (Francisco Monroy y Teresa Sánchez) y no por ninguna sociedad conyugal, según demostraré al llegar y analizar este punto. Esa continuidad continuó con los sucesores a título singular o universal de los dos primitivos dueños. Mientras esa comunidad no haya terminado, la demandante no puede tener en el inmueble sino un derecho en abstracto, equivalente a una cuota parte del derecho originario que adquirió Francisco Monroy". Para el recurrente, Monroy no adquirió y por consiguiente no pudo transferir a su comprador la propiedad de un cuerpo cierto, sino un derecho proindiviso sobre el inmueble disputado.

b) Mala aplicación, o subsidiariamente interpretación errónea de los artículos 946, 789, 950, 952, 762 y 764 del Código Civil y 210 del Código Judicial, por cuanto el Tribunal consideró a la demandante como dueño de un cuerpo cierto a pesar de que Monroy no pudo ni podía enajenar la parte del inmueble adquirida por Teresa Sánchez y por cuanto se partió de la base de que el bien demandado es el mismo poseído por el demandado cuando éste no posee sino una porción de aquél. Además la posesión inscrita de la demandante no es regular, según el recurrente porque no procede de justo título en lo referente a la parte del inmueble que fue primitivamente de Teresa Sánchez y que hoy pertenece al demandado.

c) Apreciación errónea y falta de apreciación de determinadas pruebas, como consecuencia de lo cual se violaron los artículos 1618, 1620, 1757, 1758, 1759 y 1760 del Código Civil, así como los artículos 630, 632 y 635 del Código Judicial. El Tribunal consideró que carecían de valor en el caso debatido las escrituras 112 de 1913 y 624 de 1934 y dejó sin analizar las copias judiciales tomadas del juicio de sucesión de Teresa Sánchez. De esa falta de apreciación de tales pruebas nació —según las palabras del recurrente— un error de derecho, "en el desconocimiento del derecho mismo" del demandado. Además el Tribunal incurrió en error de hecho cuando dice que el demandado no se opuso al derecho de la demandante. Como consecuencia de ese error de hecho no entró el Tribunal a examinar el origen o génesis de la propiedad discutida sobre el bien objeto de la acción de dominio" cuando lo que quiso el demandado, al desconocerle el dominio a la demandante, "fue que el juzgador entrara a rastrear la propiedad hasta el origen común, puesto que de ese análisis se llega a la conclusión jurídica de que la demandante carece de personería sustantiva, por carencia de justo título, para intentar la acción de dominio sobre un bien raíz que pertenece hoy por hoy y dígase lo que se diga a una comunidad cuyos derechos descansan en los sucesores de Francisco Monroy y en los de Teresa Sánchez, o sea mi representado". Debido a la falta de apreciación de unas pruebas y a la apreciación errónea de otras el fallador, según el recurrente, incurrió en el error de

derecho de considerar a la demandante dueña absoluta del inmueble y sin ningún derecho en él al demandado, siendo así que aquélla sólo pudo adquirir una parte proindiviso del inmueble: la parte que adquirió Francisco Monroy. Al efecto el recurrente dice: "....Ni siquiera existe en los autos la prueba de la sociedad conyugal que pudo haber existido con motivo al contrato matrimonial celebrado entre Francisco Monroy y Teresa Sánchez. La partida de origen eclesiástico, visible al folio 28 del cuaderno número 6º, acompañada con escrito visible al folio siguiente, por el señor apoderado de la demandante, está diciendo, sin reticencias, que esa prueba no fue ni pedida ni practicada dentro del respectivo término probatorio y está diciendo claramente (la acuñación de esa partida en aquel sitio del proceso), que el génesis legal de la discutida sociedad conyugal no está probado. Luego todo lo que se haya alegado y sostenido sobre el valor de la cláusula condicional que encierra el contrato a que se refiere la escritura 112 de la Notaría 2ª de Tunja, de fecha 10 de marzo de 1913, es inocuo".

d) No estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, pues ordenó entregarle a la demandante un bien distinto a aquel que ella misma señaló en su libelo de demanda, sin que ésta se hubiera aclarado en oportunidad y sin que se hubiera pedido, como acción subsidiaria, la restitución de la parte o porción que el Tribunal ordenó restituir.

III

EXAMEN DE LOS CARGOS

Durante la segunda instancia del juicio, las partes —sin poner en duda el hecho del matrimonio de Francisco Monroy y Teresa Sánchez— discutieron sobre el alcance y la eficacia de la cláusula ya transcrita, contenida en la escritura 112 de 10 de marzo de 1913.

El demandado sostuvo que la precitada cláusula "se halla ajustada a la Constitución Nacional y a la ley sustantiva, puesto que es un pacto válido que da derecho a cada uno de los pactantes al dominio de una parte de la finca sobre que recae". "No hay —dijo al efecto el demandado— disposición que prohiba los compromisos entre cónyuges, y la cláusula transcrita arriba es completamente legal en atención al principio universal de derecho de que lo que no está prohibido está permitido". No obstante la existencia de la sociedad conyugal Monroy-Sánchez, el inmueble aludido, según la tesis del demandado, no entró a formar parte del haber de dicha sociedad. En virtud de la cláusula de que se viene hablando, cada uno de los cónyuges adquirió una parte proindiviso del inmueble, y por consiguiente, ni María de la Paz Corredor, ni Rojas, ni la actora pudieron, en virtud de las respectivas tradiciones, adquirir la propiedad de la finca. Sólo adquirieron aquello que el tradente tuvo en su patrimonio: un derecho en una comunidad constituída entre él y su esposa. Y si se admitiera que la finca entró a formar parte de la sociedad conyugal, como el compromiso contraído por el marido para con la mujer en virtud de la citada cláusula es válido, él envuelve una condición resolutoria que constando en escritura pública registrada produce efectos contra terceros según la doctrina del artículo 1548 del Código Civil.

Sostuvo por su parte la demandante que la referida cláusula es nula por cuanto altera el régimen de la sociedad conyugal y vulnera las facultades administrativas del representante de ella. "Es nula con nulidad absoluta —dice el apoderado de la actora— por cuanto que va contra expresa prohibición de la ley, artículo 1771 del Código Civil, ya que las capitulaciones no se pueden celebrar sino antes del matrimonio y no después de haberse celebrado como en el presente caso. Es nula con nulidad absoluta la cláusula en referencia porque va contra las facultades dispositivas y administrativas conferidas al marido como jefe de la sociedad conyugal por los artículos 1805 y 1806 de la misma obra. Es nula con nulidad absoluta porque va contra la constitución de la sociedad conyugal, contra la comunidad de bienes que es su esencia y contra el artículo 180 del Código Civil que es de orden público, si se tiene en cuenta que dicha cláusula deroga por convenio particular el artículo 180 en que están interesados el orden y las buenas costumbres". El inmueble adquirido entró a formar parte del haber social y por consiguiente el marido durante la existencia de la sociedad, podía enajenarlo libremente, en su totalidad, y como cuerpo cierto.

En casación el recurrente plantea la cuestión de una manera distinta. Para él ES INOCUO todo lo que se ha dicho y alegado sobre el valor de la cláusula tantas veces citada, porque no está demostrado que Francisco Monroy y Teresa Sánchez hubieran sido casados entre sí. No estando probado el matrimonio de ellos hay que considerarlos como dos extraños que adquirieron, en comunidad, un inmueble, sin que las reglas

imperativas sobre existencia y funcionamiento de la sociedad conyugal tengan aplicación al caso. Independientemente de la validez de la cláusula comentada, como no está probado que Francisco Monroy se hubiera casado con Teresa Sánchez, hay que partir de la base de que aquél sólo adquirió un derecho proindiviso en el inmueble y no pudo trasmitir a su comprador sino ese derecho. De tal manera que si el Tribunal hubiera rastreado, como debió hacerlo, el origen de la propiedad habría constatado que el inmueble disputado pertenece a una comunidad formada por el demandado y la demandante.

En la argumentación que se acaba de sintetizar está el nervio del recurso, por lo que a la primera de las causales de casación atañe. Los diversos cargos de violación de la ley formulados contra la sentencia giran todos alrededor de esa argumentación y cuantas consideraciones el recurso contiene se fundan, en último análisis, en la falta de prueba del matrimonio Monroy-Sánchez.

Pero —y ello basta para declarar infundados los cargos de violación de la ley— la alegación básica y fundamental en el recurso de la falta de prueba del referido matrimonio es un medio nuevo en casación. Durante las instancias no solamente no se discutió el hecho del matrimonio sino que todas las alegaciones se formularon sobre la base de que se trataba de un hecho incontrovertible. Y como no se trata de un medio de orden público ni de un medio de puro derecho, no puede ser admitido en casación.

"No se puede hacer valer ante ella (la Corte de Casación) —dice Faye— ningún medio nuevo, es decir, que no haya sido expresa o implícitamente sometido por la parte que lo invoca al tribunal cuya decisión se ataca, o que no haya sido apreciado por ese tribunal, a menos que la ley le haya impuesto el examen de oficio por un interés de orden público; pero aun en este último caso la admisión del medio está subordinada a la condición esencial de que él se apoye sobre hechos y documentos sometidos al juez de fondo. Es una aplicación de esta doble regla: a) Que una sentencia no puede ser casada sino por una violación de la ley cometida por el juez al cual no se le puede tachar el que no haya resuelto sobre un medio que no le ha sido propuesto; b) Que, por razón de la prohibición hecha a la Corte de conocer del fondo de los negocios, ella debe tomar el debate en el estado en que éste ha sido presentado ante el juez del hecho, sin que ningún elemento nuevo pueda ser introducido".

Ya la Corte de Casación francesa, desde hace muchos años, dijo: "Considerando: que la Corte de Casación fue instituída exclusivamente para apreciar bajo el aspecto del derecho las sentencias dictadas en última instancia por las cortes y tribunales; que no se puede, pues, ante ella presentar medios nuevos, sino únicamente apreciar la solución legal dada a los medios debatidos ante los primeros jueces...."

No quiere, con todo, la Sala limitarse, para desechar los cargos formulados contra la sentencia del Tribunal, a las razones que acaban de exponerse. Con el criterio de amplitud que, hasta donde la ley se lo permite, ha procurado emplear para la interpretación y apreciación de las demandas de casación —a fin de que por la falta de técnica de un recurrente no vayan a sacrificarse derechos sagrados— la Sala estima oportuno agregar a lo dicho que, planteada la cuestión como lo fue en la segunda instancia, tampoco habría podido el fallador al rastrear, llegar a la conclusión de que Francisco Monroy sólo pudo vender y transferir válidamente un derecho proindiviso en el inmueble referido o a la conclusión de que fue nula la venta hecha por él a María de la Paz Corredor.

Y ello por las siguientes razones:

a) Porque, como lo dice con sobrada razón el profesor Alessandri Rodríguez en su reciente obra sobre la sociedad conyugal, ni siquiera en virtud de capitulaciones matrimoniales válidamente otorgadas, pueden los cónyuges, dentro del sistema del Código Civil, acordar estipulaciones contrarias a la potestad marital o a los derechos del marido como jefe de la sociedad conyugal. "Igualmente, dice el mismo autor, no se podrá pactar que el jefe de la sociedad conyugal será la mujer y no el marido, que ella y no éste administrará los bienes de los cónyuges y los sociales o que su administración la ejercerán ambos de consuno, o que el marido necesitará del consentimiento de la mujer para enajenar los bienes sociales". Y más adelante el mismo tratadista, al estudiar la posibilidad de estipulaciones que modifiquen parcialmente el régimen de administración de la sociedad conyugal, agrega: "La administración separada sólo puede referirse a bienes propios de la mujer.... no podría referirse a los bienes sociales ni a los del marido. La cláusula en que se le confiare la administración de unos u otros sería nula porque iría en detrimento de los derechos del marido como jefe de la sociedad conyugal".

b) Tampoco pueden los cónyuges, dentro del sistema del Código, pactar que los bienes que se adquieran a título oneroso durante el matrimonio no pertenecerán a la sociedad conyugal. El Código en vez de facultar, como otras legislaciones, a los esposos para convenir el régimen que más les agrade, les impuso obligatoriamente el de la comunidad con la sola limitación del artículo 1776.

c) Si en unas capitulaciones matrimoniales válidamente otorgadas no pueden acordarse estipulaciones de aquellas a que se refieren los dos párrafos anteriores mucho menos puede pensarse en reconocer validez y eficacia a estipulaciones de esa clase contenidas en contratos celebrados con posterioridad al matrimonio.

En el concepto jurídico presentado por la parte demandada y suscrito por el doctor José J. Gómez se dice que aunque bien es cierto que el bien adquirido lo fue para la sociedad conyugal y que no puede decirse que cada cónyuge haya tenido una parte o cuota en él, como ocurre en la comunidad ordinaria, no es menos cierto que así como el marido habría podido comprometerse para con terceros o no enajenar determinado bien durante un determinado lapso, pudo comprometerse en esa misma forma para con su mujer, sin que tal compromiso pugne con el precepto del artículo 37 de la Constitución Nacional y sin detrimento de las reglas imperativas sobre sociedad conyugal. Supóngase, dice el doctor Gómez, que el compromiso de que se trata lo contrae el esposo a favor de terceros: ¿se trataría de una modificación al contrato matrimonial? Creo que no hay quién sostenga la afirmativa. ¿Por qué ha de ser modificación cuando se estipula a favor de la cónyuge? ¿Y en qué sentido puede reformarse de esa suerte el contrato? El obligarse a no enajenar un inmueble en determinado tiempo reforma acaso disposición alguna legal relativa al régimen de la sociedad conyugal?".

Suponiendo que la cuestión pudiera plantearse como la plantea el doctor Gómez en ese concepto —que implica, en el fondo, tanto como decir que así como el marido puede celebrar contratos de compraventa con terceros, puede celebrarlos también con su mujer—; admitiendo que la obligación del marido tuviera, en la forma como el doctor Gómez presenta el problema una causa real que le diera existencia a tal obligación, y dando por sentado que el asunto pueda considerarse exclusivamente desde el punto de vista del principio sobre libre enajenación, tampoco se podría llegar a la conclusión que en favor del demandado formula el doctor Gómez.

"Es incontestable —dice Josserand, tomo I, Nº 1837, refiriéndose al derecho francés en que no existe un texto como el artículo 37 de la Constitución colombiana que consagre expresamente el principio— que la propiedad es enajenable y que ese principio de la libre circulación de los bienes tiene un carácter de orden público. Economistas y juristas están de acuerdo sobre estos dos puntos. Ellos invocan en ese sentido tanto la estructura de la propiedad moderna que está destinada a cambiar de mano... como numerosos textos que proclaman o que presuponen la aptitud de los bienes para circular libremente en virtud de la voluntad de su propietario: artículos 544, 896, 1048 y siguientes y 1594 (equivalentes a los artículos ..... del Código Civil colombiano). Por lo demás es un principio el de que todos los derechos son cesibles, salvo disposición contraria de la ley, y como la enajenación se reduce a una cesión del derecho de propiedad, ella debe ser constantemente posible y lícita".

Dos excepciones indiscutibles tiene ese principio, en concepto del mismo autor: a) Cuando la ley proscribe la no enajenación; b) Cuando la no enajenación se establece por los particulares pero por aplicación de un texto legal permisivo, en función de una institución regular.

La jurisprudencia y algunos autores establecen una tercera excepción, muy discutida, la de las cláusulas de no enajenación estipuladas, no en aplicación de un texto legal permisivo y en función de una institución regular, sino por aplicación del principio de la libertad contractual.

Muchos autores respetabilísimos estiman que tales cláusulas deberían ser consideradas como nulas por ser contrarias al principio de la libre circulación de los bienes y a varios textos del Código Civil. No se explica, dicen ellos, cómo un bien, enajenable en las manos de un propietario, puede llegar a ser de golpe inenajenable en manos de su causahabiente. Se comprendería que el enajenante retuviese en su provecho una parte de sus derechos o tal o cual prerrogativa, pero es extraño que sin nada conservar para él, no le trasmita sin embargo al adquirente sino una propiedad reducida y que el derecho de enajenar se volatice así, pura y simplemente.

Otros autores, y, en general, la jurisprudencia de los tribunales, admiten, pero bajo ciertas modalidades, las cláusulas de no enajenación.

Sólo que, de acuerdo con esta segunda doctrina, para que tales cláusulas sean válidas y eficaces, es necesario que se reúnan tres condiciones:

a) Que la cláusula de no enajenación sea temporal, pues no se podría poner definitivamente fuera del comercio un bien. Por lo demás, son asimiladas a las cláusulas perpetuas las que establecen la no enajenación por un período muy largo, por ejemplo, por toda la vida del adquirente;

b) Que la cláusula pertenezca a un acto de enajenación y haya sido acordada con ocasión de una transferencia de propiedad. "No podría depender de un propietario el decretar, por un acto de voluntad unilateral, que su cosa será en adelante inenajenable en sus manos..... En general y casi siempre el acto de enajenación de que se trata es un acto a título gratuito, donación entre vivos o testamentos: el donante o el testador inmoviliza, por la cláusula de no enajenación, los bienes por él donados o legados....."

c) Que la cláusula de no enajenación se justifique por un interés legítimo "como sucede frecuentemente, el acto escapa de la nulidad que lo amenazaba, gracias al móvil salvador que lo ha inspirado y que lo explica: es el móvil-fin, que es decisivo, y que llena una función justificativa.

Es obvio que la cláusula tan discutida en este juicio, contenida en la escritura 112 de 10 de marzo de 1913, no reúne esos requisitos. De tal manera que, ni adoptando para el caso la teoría más favorable a las cláusulas de no enajenación, y considerándola con independencia de la aplicación de las normas imperativas sobre sociedad conyugal, podría ser estimada como operante y válida.

De otro lado, cuál sería la sanción a la infracción de un compromiso de esa clase? Nuestro Código no resuelve el caso. Habría que acudir para resolverlo a las reglas generales de derecho, de conformidad con lo prescrito por el artículo 8º de la Ley 153 de 1887. Dentro de ese orden de ideas resultaría pertinentísimo invocar la doctrina sostenida por muchos autores eminentes (Bartín, Notas a Aubry et Rau, Tomo II, parágrafo 692) y consagrada en el artículo 137 del Código alemán, según el cual — para conciliar el principio de orden público que se opone a la no enajenación efectiva con el de la libertad de las convenciones — se le reconoce validez a la obligación de no enajenación al propio tiempo que se le reconoce validez a la enajenación hecha en violación de esa obligación. "El derecho de disposición de un derecho cesible no puede ser excluído ni limitado por un acto jurídico, dice ese texto, pero se reconoce la validez de la obligación de no disponer".

De todo lo anteriormente dicho se deduce que no puede admitirse, como lo pretende el recurrente, que al ser rastreado el origen de la propiedad de la demandante se llega a la conclusión de que Monroy no pudo vender válidamente sino, a lo sumo, un derecho proindiviso en el inmueble de que se trata. Y si no puede admitirse esto, no puede admitirse tampoco que hayan sido violados los textos legales por él citados.

Respecto del cargo de falta de consonancia de la sentencia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, basta observar, para rechazarlo, que, como lo explicó muy bien el Tribunal, "cuando la parte que no posee el demandado (en un juicio reivindicatorio) está en poder del demandante, debe entenderse que la demanda se dirige a obtener la reivindicación de la parte que aquél posee, si, por otro aspecto, se ha probado que ella está comprendida dentro de los linderos generales determinados en el libelo". Ya el Juzgado había dicho, con sobrada razón también, que "el hecho de que el demandante haya demandado en reivindicación una parte mayor de la que en realidad posee el demandado, no significa que la acción no pueda prosperar".

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, no casa la sentencia dictada en este juicio por el Tribunal Superior de Tunja con fecha 5 de diciembre de 1935.

Costas a cargo del recurrente.

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

Antonio Rocha, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J., Juan Francisco Mújica, Eduardo Zuleta Angel, Emilio Prieto Hernández, Srio. int.

ORDINARIO SOBRE REVISION DE UNA SENTENCIA DE EXCEPCIONES Y SOBRE DECLARACION DE HABERSE VERIFICADO EL PAGO DE UNA SUMA DE DINERO. — ADJUDICACION DE CREDITOS ACTIVOS DE UNA SUCESION A FAVOR DEL ALBACEA CON TENENCIA DE BIENES

1. La adjudicación de un crédito activo de una sucesión hecha por el partidor a favor del albacea con tenencia de bienes, con la aprobación de todos los partícipes representantes de los derechos del difunto y con la expresa atestación que hace el partidor en la hijuela de que la adjudicación del crédito a favor de dicho albacea tiene por causa el que éste ha hecho gastos del juicio que se le deban pagar y que además está encargado de hacer otros pagos que constan en hijuelas, tiene claramente el alcance de trasferirle al adjudicatario todos los derechos que el causante tenía por razón de su crédito, de acuerdo con lo establecido en la primera parte del artículo 1401 y en el 673 del C. C.

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

(Magistrado ponente: Dr. Antonio Rocha).

HECHOS

El 20 de mayo de 1929 don Fabio Grueso se constituyó deudor del doctor Joaquín Rebolledo por $ 4,000 en moneda legal a interés y con un año de plazo. Además Grueso le adeudaba otros dineros a Rebolledo.

El 27 de enero de 1930 murió el doctor Rebolledo y en su mortuoria se inventariaron esos créditos por su valor nominal.

Don Pedro Córdoba desempeñó el cargo de albacea con tenencia de bienes de la sucesión del doctor Rebolledo.

En calidad de albacea Córdoba hizo al pie del documento de $ 4,000 dos abonos por cuenta de Grueso: uno de $ 1,061 con fecha 2 de marzo de 1931, y otro de $ 2,000 con fecha 29 de mayo del mismo año. Fuera de estos dos abonos ciertos se admite sin discusión que el deudor don Fabio Grueso le hizo otros dos: el 30 de mayo del mismo año de 1931, $ 50, y el 17 de julio también de dicho año otro de $ 200.

Entre la fecha de la muerte del doctor Rebolledo y el 2 de marzo de 1931 consta que don Fabio Grueso giró a favor de don Pedro Córdoba y éste cobró, varios cheques por valor global de $ 1,576; y entre el 2 de marzo de 1931 y el 29 de mayo siguiente Córdoba recibió de Grueso otros cheques por valor de $ 419.13. Todos estos cheques carecen de imputación, pero coinciden los últimos con la cancelación por pago de otras deudas distintas a la del documento de $ 4,000 existente por aquella época entre Grueso y Rebolledo.

En la partición de la sucesión del doctor Rebolledo se adjudicó a favor de Pedro Córdoba el crédito o créditos a cargo de Grueso en conjunto con otros créditos activos de la sucesión, en la hijuela de deudas, por haber sido Córdoba el que había percibido los créditos y hecho gastos por cuenta de la sucesión y debía hacer otros pagos que constan en las hijuelas.

El 9 de julio de 1931 hace su testamento don Pedro Córdoba y en él declara: "Don Fabio Grueso me adeuda $ 300 moneda corriente". Nombra como albacea suyo a don Sixto Rebolledo.

Don Pedro Córdoba murió el 13 de julio de 1931 y en los inventarios que se hicieron de sus bienes relictos el 16 de septiembre siguiente fue inventariada la deuda de Grueso a que Córdoba se refiere en su testamento, por su valor nominal de $ 300.

Don Sixto Rebolledo, albacea de Córdoba, otorgó, como arriba se dijo, un recibo de $ 200 a cuenta del referido documento, el 17 de julio de 1931.

Finalmente, don Sixto Rebolledo, en su calidad de albacea de Córdoba, el 16 de enero de 1932, cede a don Manuel José Maya el resto del valor del documento mediante la nota que en seguida se trascribe:

"Páguese al señor don Manuel José Maya o a su orden el resto del valor del presente pagaré, por valor recibido, que se abona al albacea del señor doctor Joaquín Rebolledo, señor Pedro Córdoba. Popayán, 16 de enero de 1932. El albacea de Pedro Córdoba, Sixto Rebolledo V."

Don Manuel José Maya, previo reconocimiento judicial del deudor y la notificación de la cesión, diligencias en las cuales el deudor Grueso hizo especiales protestas de no deber por cuenta de dicho documento sino la suma de $ 118, ejecutó a éste por suma mucho mayor de la que Grueso protestaba deber como saldo, por lo cual Grueso excepcionó de pago, fundando su excepción en que los cheques que había girado a Córdoba lo habían sido con imputación al documento.

Tanto el Juez del Circuito de Popayán como el Tribunal Superior del mismo Distrito fallaron el incidente de excepciones declarando no probados tales pagos, salvo un abono de $ 50 y otro de $ 200, aquéllos a que arriba se hizo referencia.

Entonces don Fabio Grueso presentó por la vía ordinaria la demanda que ha dado lugar al presente juicio, e invocado como hechos fundamentales aquellos que se han querido sintetizar en esta sentencia, y algunos otros, a todos los cuales se refiere la Corte y los da por reproducidos a fin de que cualquier vacío o referencia a que falte fidelidad en la síntesis se supla por el contexto mismo del libelo.

La parte petitoria es la siguiente, textualmente reproducida:

"Por tanto, pido a usted que, previo el trámite de un juicio ordinario de mayor cuantía, seguido con citación y audiencia del nombrado señor Manuel José Maya, mayor de edad y vecino de Popayán, se sirva usted revisar la sentencia de excepciones proferida en el juicio ejecutivo de que vengo ocupándome, fechada el 15 de mayo de este año y confirmada por el Tribunal Superior el 24 de agosto, revisión que se verificará en lo desfavorable de la sentencia, y se sirva en seguida declarar en sentencia definitiva que está demostrado plenamente el pago que alega el señor Grueso respecto del pagaré que ha sido tomado como recaudo ejecutivo, y que Grueso sólo adeuda como saldo del dicho crédito que consta en el documento precitado de 20 de mayo de 1929, la suma de ciento dieciocho pesos ($ 118) y los intereses desde el 30 de noviembre de 1933 hasta el día del pago....

"Fundado en el artículo 209 del C. J. y para el caso improbable de que no se hallara probado el cargo del crédito a que se refiere esta demanda, pido a usted que subsidiariamente, se sirva declarar que el señor Sixto Rebolledo, como albacea del señor Pedro Córdoba, no tenía ni tiene personería para disponer del crédito que consta en el documento de 20 de mayo de 1929, por pertenecerle éste a la sucesión del doctor Joaquín Rebolledo, y que, por tanto, el señor Manuel José Maya carece de derecho y de acción para exigir ejecutivamente el pago del expresado pagaré....

"En uno u otro caso, mandará usted cesar la ejecución, desembargando los bienes que han sido embargados, y condenando al ejecutante a quien demando, en las costas del juicio".

Tanto el Juez de instancia, como el Tribunal Superior decidieron desfavorablemente para las pretensiones de la demanda de Grueso el litigio, por las razones que se sintetizan a continuación.

Sentencia recurrida

(Noviembre 26 de 1935)

El sentido absolutorio se apoya en consideraciones que pueden sintetizarse así:

a) Don Pedro Córdoba no podía disponer de los créditos a cargo de don Fabio Grueso porque ellos no le pertenecían a Córdoba sino a la sucesión del doctor Joaquín Rebolledo.

En efecto, la adjudicación que se le hizo de esos créditos mediante la hijuela de deudas en la sucesión de Rebolledo, no lo hizo dueño, no lo subrogó en la acreencia, porque la hijuela de deudas no trasmite el dominio sino apenas implica una obligación, una carga, un servicio, de pagar con los bienes escogidos para ese fin las deudas hereditarias o testamentarias con el cargo de rendir cuentas de esa gestión.

Si los créditos contra Grueso no pasaron a ser de propiedad de don Pedro Córdoba, la confesión que éste hace en su testamento, de que don Fabio Grueso le adeuda $ 300, no puede referirse al crédito de Rebolledo por $ 4,000, sino a alguna deuda de Grueso a favor de Córdoba.

b) Es cierto que Grueso giró a Córdoba —en cheques contra un banco— muchas otras sumas de dinero distintas a las que aparecen abonadas al pie del documento, pero no por cuenta de ese documento. No se sabe a ciencia cierta la causa de esos otros giros o pagos, pero sí son explicables. Si no obedecen a deudas personales de Grueso con Córdoba, hay en autos otra hipótesis pendiente que se soluciona con esos cheques, y es la de que Córdoba estaba entonces recogiendo otras deudas de Grueso a favor de Rebolledo, como albacea, por $ 6,000, monto de dos documentos cuya cancelación, hecha por Córdoba en ese carácter, coincide con los últimos pagos en cheques.

c) Se echa también de ver que tales cheques no iban destinados a pagar el documento de $ 4,000 sino deudas personales entre Grueso y Córdoba, por la circunstancia de que su imputación a los $ 4,000 en las respectivas fechas de pago, a intereses y a capital, sobrepasa con mucho el monto de la deuda; y así resultaría que cuando el 29 de mayo de 1931 hizo el abono cierto al documento por $ 2,000, el documento por $ 4,000 habría estado totalmente pagado con un exceso de pago de $ 543.50, suma que sería mayor aún si se atiende a la afirmación de la demanda de que al morir Re-

bolledo los intereses estaban pagados al día.

d) En la sucesión de Pedro Córdoba no hubo inventarios adicionales, no obstante que el albacea de esta otra sucesión, don Sixto Rebolledo, conocía el patrimonio de Córdoba. Circunstancia ésta que demuestra que los créditos adjudicados a Córdoba en la hijuela de deudas como a albacea no entraron al patrimonio de éste, pues de entrar se hubieran inventariado adicionalmente.

e) Por eso mismo dice la nota de cesión del resto del crédito que su valor recibido se abona al albacea de Joaquín Rebolledo. "Hizo el abono a Córdoba, no como tal, sino como albacea del doctor Rebolledo, precisamente porque el crédito era de Rebolledo y no de Córdoba".

f) Vigoriza el concepto de que entre Grueso y Córdoba existían obligaciones particulares o que los abonos de los cheques no iban encaminados a amortizar el crédito de $ 4.000 —agrega el Tribunal— el no haberse hecho constar tales abonos en el documento como se hizo con los de $ .061 y $ 2.000, siendo aquellos pagos intermedios entre estos otros; y también induce a creerlo así el no haber traído Grueso al juicio los talonarios de cheques, como se lo insinuó el Juez en la sentencia de primer grado.

g) Finalmente, estima el Tribunal que es al demandante a quien incumbe probar que los cheques iban enderezados a abonos del documento de $ 4,000, y no al demandado, tanto más si se considera que entonces existían entre Grueso y Rebolledo otras deudas pendientes cuya cancelación por parte de éste coincide con el último de tales cheques.

h) En cuanto a la acción subsidiaria, el Tribunal se niega a estudiarla por las siguientes razones textuales:

"No se entra a considerar la petición subsidiaria del demandante, consistente en que don Sixto Rebolledo, como albacea de don Pedro Córdoba, no tenía ni tiene personería para disponer del crédito de cuatro mil pesos ($ 4,000) que consta en el documento de veinte de mayo de mil novecientos veintinueve, por pertenecer éste a la sucesión del doctor Rebolledo, y que por tanto, el señor Manuel José Maya, carece de derecho y acción para exigir ejecutivamente el pago del expresado pagaré; porque en el fallo que se revisa no aparece que se hubiera propuesto esta excepción, sino única y exclusivamente la de pago. El juicio ordinario de revisión no es el ordinario común, en toda su amplitud, es un juicio especialísimo para las sentencias de excepciones y de pregón de remate, y por consiguiente todo elemento nuevo que en ellos no se haya considerado por no haber sido materia de la decisión, es improcedente. La misma palabra revisión, está significando que es volver a ver, examinar más minuciosamente una cosa que existió, que ya se había visto".

Demanda de casación

El apoderado ante la Corte del demandante don Fabio Grueso, presenta varios motivos para pedir la infirmación del referido fallo, de los cuales son pertinentes los siguientes:

Que incurrió el Tribunal en error de derecho al sostener que la confesión hecha por Córdoba en su testamento de que Grueso le debía $ 300 moneda corriente, no tiene valor probatorio alguno y por consiguiente, dice el acusador, violó los artículos 1757 y 1759 del C. C. y el 608 del C. J.

Desarrolla el cargo diciendo el recurrente que en la hijuela de deudas de la sucesión del doctor Rebolledo se adjudicaron a Pedro Córdoba, quien además de albacea era asignatario, las deudas que Grueso tenía para con la mortuoria de Rebolledo y se hizo constar en la hijuela:

"Se entera y paga esta hijuela con $ 10.232.31, dinero que adeudan los señores Fabio Grueso y Hernando Iragorri.... La hijuela de deudas se adjudica al legatario y albacea Pedro Córdoba por ser él quien ha percibido los créditos, quien ha hecho los gastos del juicio y quien debe satisfacer o solucionar los demás pagos que constan en las respectivas hijuelas".

Agrega el recurrente que viola también el Tribunal los artículos 673 y 1401 del C. C. por cuanto sostiene en su fallo que la adjudicación de la hijuela de deudas no es herencia, sino una obligación, una carga; pero que como en el presente caso se adjudicó a Córdoba un crédito activo incluido en dicha hijuela, la adjudicación que se le hizo de él en los términos que se acaban de trascribir sí le trasfirió el dominio del referido crédito y por consiguiente vino a ser don Pedro Córdoba titular de dichos créditos en virtud de la delación de la herencia y de la partición.

La Corte considera:

El Tribunal no analiza el valor probatorio que pueda tener la manifestación que Córdoba hace en su testamento de que don Fabio Grueso le adeuda $ 300, porque no creyó llegada la ocasión de hacerlo, dados sus puntos de vista de que los créditos a cargo de Grueso no salieron del patrimonio en sucesión del doctor Rebolledo mediante la hijuela de deudas adjudicada a Córdoba.

El eje fundamental de la sentencia acusada estriba en la no trasmisión a favor de Córdoba de los créditos a cargo de Grueso, que para el Tribunal permanecieron en el patrimonio del causante doctor Rebolledo. Tan decisiva es esta consideración para el Tribunal que de ella hace depender el sentido absolutorio o condenatorio de la sentencia: Si los créditos permanecieron en el patrimonio de la sucesión de Rebolledo, la manifestación que hace Córdoba en su testamento no puede referirse a un crédito ajeno; si en cambio salieron de ese patrimonio mediante su adjudicación en la hijuela de deudas a favor de Córdoba, la posterior manifestación de éste seguramente se refiere a ese crédito, puesto que no se ha probado que Grueso tuviera otras deudas a favor de Córdoba. Tal es, en síntesis, el argumento capital del fallo recurrido.

Antes de estudiar el valor probatorio de la llamada confesión de Córdoba incumbe definir si la forma como se hizo la adjudicación del crédito trasmitió o no a Córdoba la propiedad de él. En ese sentido está hecho el cargo de violación directa de los artículos 673 y 1401, primer inciso, del C. C., por mala interpretación de este último precepto.

Cree la Corte que la adjudicación de un crédito activo de una sucesión hecha por el partidor a favor del albacea con tenencia de bienes, con la aprobación de todos los partícipes representantes de los derechos del difunto y con la expresa atestación que hace el partidor en la hijuela de que la adjudicación del crédito a favor de dicho albacea tiene por causa el que éste ha hecho gastos del juicio que se le deben pagar y que además está encargado de hacer otros pagos que constan en hijuelas, tiene claramente el alcance de trasferirle al adjudicatario todos los derechos que el causante tenía por razón de su crédito, de acuerdo con lo establecido en la primera parte del artículo 1401 y en el 673 del C. C. No se ve porqué motivo legal no pueda hacerse esa adjudicación en propiedad del albacea, que implica una verdadera dación en pago, sobre un crédito perteneciente a la sucesión, cuando todos los herederos lo aceptan así y tienen en cuenta la circunstancia advertida por el partidor de que el albacea con tenencia de bienes ha estado haciendo pagos por cuenta de la sucesión y ha de seguir haciendo otros, si todo eso se entiende sin perjuicio de los derechos de los acreedores que no están obligados a conformarse con los arreglos verificados sin su intervención.

Es pues claro que el Tribunal sentenciador no tuvo en cuenta tales particularidades y violó por errónea interpretación en un caso concreto la doctrina que informa los referidos dos artículos del C. C. Y como según ya se advirtió, esta consideración de derecho y la conclusión en concreto que de ella ha debido derivarse lo llevó a estimar que era inoficioso el estudio del valor probatorio que pudiera tener la manifestación que Córdoba hizo en su testamento con posterioridad a la adjudicación del crédito, es preciso casar la sentencia y entrar, ya en instancia, a estudiar la prueba que resulte de la llamada confesión de Córdoba. A ello procede la Corte:

El presente juicio de revisión tiene por fin debatir dos cuestiones de hecho: es la primera resolver si por cuenta del documento de $ 4,000 otorgado por Fabio Grueso, como deudor, a Joaquín Rebolledo, como acreedor, se hicieron otros abonos distintos a los que aparecen al pie del documento, y si esos otros abonos constantes en varios cheques corresponden o no al referido documento de $ 4,000. Es la segunda cuestión determinar si, cualquiera que sea el saldo pendiente de dicho pagaré, la manifestación que hace Córdoba en su testamento reduce el saldo a sólo $ 300 en la fecha del otorgamiento del testamento.

Respecto de la primera cuestión son pertinentes y definitivas las razones que da el Tribunal sobre la no imputabilidad de los cheques al documento de $ 4,000. Tales razones son dos: Si el valor de esos cheques se imputase al documento de $ 4,000, teniendo en cuenta las fechas de abono, por intereses y por capital, dicho documento resultaría pagado en exceso y en un exceso tal que hace inadmisible la imputación: y porque en la época en que Grueso giró y Córdoba cobró esos cheques, Córdoba era albacea de la sucesión de Rebolledo, con tenencia de bienes, y como tal cobraba de Grueso no solamente el documento de $ 4,000 sino otros dos también a cargo de Grueso y a favor de Rebolledo, que aparecen cancelados por Córdoba, su albacea, en los mismos días en que se giraban los últimos cheques.

En cambio la segunda cuestión debatida, o sea el valor probatorio de la manifestación que Córdoba hace en su testamento, incide en el debate en la forma que en seguida se expone.

Dice don Pedro Córdoba en su testamento, pocos días antes de su muerte: "Don Fabio Grueso me adeuda $ 300 moneda corriente". Queda ya dicho que Córdoba era entonces dueño del documento de los $ 4,000. ¿Pero puede tomarse esa declaración testamentaria de Córdoba como una confesión

en contra de la herencia, de manera que el deudor cedido don Fabio Grueso la invoque contra un cesionario como prueba de que ese era el saldo pendiente del documento?

La solución de esta cuestión implica fijarle el alcance jurídico a una cláusula testamentaria sin citación ni audiencia de los herederos del testador. Y conlleva el definir varias cuestiones de hecho y de derecho que, ya en sentido afirmativo o en sentido negativo, repercutirían en contra o en favor de la herencia de Córdoba, que por ser la cedente del crédito ha de estar interesada en que se determine la verdadera cuantía de lo cedido. Correlativamente ese mismo interés le asiste tanto al cesionario como al deudor.

La solución de la cuestión planteada requiere el previo estudio de cuestiones de hecho y de derecho en que la audiencia de los herederos de Córdoba es necesaria para que allí se determine, con plena responsabilidad jurídica para la herencia y por tanto para el deudor y para el cesionario, entre otros puntos, los siguientes:

La declaración que hace el testador de que determinada persona es deudora suya de cierta suma, perjudica o no a su herencia que pruebe ser mayor la cantidad adeudada, y si lo prueba, tiene entonces ésta o su legítimo cesionario derecho de cobrar el exceso?

En la misma hipótesis anterior, puede tomarse la referida declaración del testador como expresiva del ánimo de remisión o condonación del exceso, de ánimus confitendi por ese exceso?

En la misma hipótesis, si la cláusula testamentaria no revela ese ánimo, si de ella no aparece una intención formal de confesar, y por tanto de disponer del mayor valor, corresponde o no al deudor cedido comprobar que existió tal ánimo de remitir o de quitar el exceso?

Puede tomarse la aludida declaración testamentaria como prueba de haberse querido legar a favor del deudor el mayor valor de la deuda comprobada por los herederos?

La cifra declarada por el testador como cuantía que le debe alguno, no puede adolecer de error de liquidación o de saldo que pueden alegar los herederos?

Los referidos puntos (que eran materia de reglamentación especial en el Código Judicial anterior al de 1931), que estudian los autores de pruebas judiciales al hacer la diferencia entre la verdadera confesión de un testador de que él debe a alguien y la simple manifestación de que alguien le debe a él, y otros puntos que suscita la cuestión sometida a revisión por el libelo de instancia, no puede la Corte estudiarlos aquí sin que esté presente como parte en el juicio la sucesión de cuyo testamento en una de sus cláusulas se trata de hacer una interpretación que incide en su patrimonio y en la cuantía de la cesión posterior que un albacea de dicha sucesión hizo del crédito a un extraño.

De lo expuesto se deduce que la sentencia de excepción de pago que se trata de revisar no puede definirse en este proceso en ambos sentidos propuestos por el libelo sin que al juicio concurra, además del cesionario del crédito, la herencia del testador Córdoba, y sólo así, en un debate caben perfectamente cuantas solicitudes tenga interés el autor que se le resuelvan, sin que haya razón para concluir lo contrario, como concluyó el Tribunal negándose a estudiar la razón de la súplica subsidiaria, sólo así, se repite, podrá debatirse la cuestión de cuál es el monto verdadero del saldo exigible del documento, o, como dice la nota de cesión, "el resto del valor del presente pagaré".

Y como en este sentido la demanda adolece de una ineptitud sustantiva, por no poderse hacer la declaración del saldo en cuanto la definición del saldo está influída por el alcance de la cláusula testamentaria de Córdoba, así ha de declararse, no sin advertir que el presente juicio define afirmativamente que el crédito en cuestión sí entró a ser de propiedad de don Pedro Córdoba por la forma como se hizo la adjudicación de la hijuela de deudas.

Por tanto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior de Popayán con fecha veintiseis de noviembre de mil novecientos treinta y cinco, revoca la de primera instancia, y en su lugar, aunque por motivo distintos, declara que no es el caso de hacer la declaración solicitada por el demandante don Fabio Grueso en la acción principal, por ser inepta la demanda para tal efecto.

No es el caso de hacer la declaración solicitada subsidiariamente.

Sin costas en instancias ni en casación.

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

Antonio Rocha, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Juan Francisco Mújica, Miguel Moreno J., Eduardo Zuleta Angel.—Emilio Prieto Hernández, Srio. into.

ACCION REIVINDICATORIA Y POSESION

I.—Según el código civil la tradición del dominio de los bienes raíces se efectúa por el registro, nadie puede adquirir su posesión sino por tal medio y no cesa la inscrita mientras la inscripción no sea cancelada. El mismo código define la posesión como un hecho y dispone sea establecida por actos significativos de dominio. Distingue entre la INSCRITA, como signo de haberse transferido el dominio de los bienes raíces, y la MATERIAL, que se adquiere por actos reales y se pierde desde que otra persona se apodera de la cosa con ánimo de hacerla suya. En este último sentido es visible y tangible. Un hecho y no un mero derecho. Algo que permite al propietario el ejercicio de su dominio. Y como esta situación corresponda ordinariamente al dueño, es natural ver a éste en el poseedor material. La ley lo presume. Dice que el poseedor es reputado dueño. En el artículo 762, inciso 2.o, poseedor es el tenedor de la cosa que se conduce con respecto a ella como lo hace el propietario, es decir, usando, gozando y disponiendo. Si así no fuera, el dueño inscrito de un inmueble, cuya inscripción no ha sido cancelada, se hallaría en imposibilidad de promover acción reivindicatoria contra el ocupante que sin título inscrito le desconoce su derecho, y dejaría de ser cierto que la acción de dominio corresponde al dueño de una cosa singular, de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituírsela. II.—Para que el poseedor sea regular debe, fuera de tener un justo título, estar convencido de que ninguna otra persona es dueña de la cosa o de una parte de la cosa que él posee, y estar tranquilo respecto del derecho y de la capacidad y facultad de la persona o personas con quienes ha contratado. Un justo error en materia de hecho no se opone a la buena fe. Pero en el caso del pleito sería injurídico admitir esa convicción, esa tranquilidad y esa justicia, aunque el comprador haya obrado sin dolo, porque cualquier individuo cuidadoso hubiera consultado las hijuelas que se citan en la escritura de mandato incorporada en la de compraventa. Por tanto, el actor no perdió una posesión regular que le permitiera acogerse al artículo 951 del código civil. III.—Como el tribunal estimó que demandante y demandado son copartícipes en el inmueble de «Santa Rosa», dijo que la acción no podía prosperar. Con ello siguió la doctrina de que el comunero posee la cosa en su nombre y en el de sus condueños, doctrina que se desprende de los artículos 943 y 2526 del código civil, pues el condómino posee la cosa en todas y cada una de sus partes, pero no exclusivamente por sí y para sí sino también por y para sus copropietarios. Otra cosa sería si por interposición de título un comunero lograra poseer con ánimo de señor absoluto, y poseyendo de esa suerte, con desconocimiento de los derechos de sus compañeros de origen, alegara la prescripción adquisitiva de lo ocupado y explotado.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Civil.—Bogotá, febrero diecisiete de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Miguel Moreno Jaramillo)

CAPITULO I

Por la escritura 618, de 22 de marzo de 1873, otorgada en la notaría de Florida, hizo Dolores Sendoya estas declaraciones:

1ª—La de que posee en comunidad con José Teodoro Belalcázar la tierra de "Santa Rosa", ubicada en el distrito del mismo nombre y delimitada así: "por el oriente, los terrenos del 'Muerto'; por el occidente, con terrenos de la hacienda de 'Perodías'; por el sur, con el zanjón de la 'Pastusera'; y por el norte, la quebrada de 'Las Cañas', por una parte, y por otra, desde donde empieza la madre vieja del mismo río".

2ª—La de que en cierta proporción vende su derecho de tierras de "Santa Rosa" a Antonio, José Teodoro y Juan Belalcázar, Manuel Jaramillo y Pablo Zamora.

Muerto José Teodoro Belalcázar, sus bienes fueron divididos por iguales partes entre la cónyuge sobreviviente, Mercedes Reyes de Belalcázar, y los siete hijos habidos en el matrimonio Belalcázar-Reyes: Tomás, Jacinto, Custodia, Purificación, Josefa, Concepción y Dolores.

Cada una de las ocho hijuelas dice:

"Con un derecho de tierra de ochenta y ocho pesos quinientos milésimos en el comunero de 'Santa Rosa'. 88,500".

"Con un derecho de ciento cinco pesos en el pastal de pará, valuado a veintiocho pesos cada plaza. 105".

El juicio de sucesión de José Teodoro fue protocolizado en la notaría 1ª de Palmira, por medio de la escritura Nº 76, de 2 de mayo de 1889.

Por la escritura 8, de 7 de junio de 1907, otorgada ante el secretario del concejo de Florida, cinco de los ocho adjudicatarios en la sucesión de José Teodoro, confirieron poder a Peregrino Belalcázar para que vendiera a Leopoldo Becerra F. el potrero de treinta plazas de pará, adjudicado en aquella sucesión. Esos comitentes fueron Mercedes Reyes v. de Belalcázar, y sus hijos Jacinto, Purificación, Concepción y Dolores.

Por la escritura 56, de 8 de julio de 1908, otorgada en la notaría de Pradera, Peregrino Belalcázar, diciendo ejercer el mandato a que se ha aludido, dio en venta a Leopoldo Becerra F. un potrero de pará, de treinta plazas poco más o menos, ubicado en el sitio de "Santa Rosa". Advirtió que el comprador "tiene derecho al corral, y que la venta la hace con todas sus anexidades, como lo indica el poder...."

CAPITULO II

Por la escritura 1312, de 25 de octubre de 1926, otorgada en la notaría 1ª de Cali, Anunciación Zamora v. de Vargas vendió a

Lotario González Tenorio ochenta y tres pesos ($ 83,00) de derecho primitivo en el inmueble denominado "Santa Rosa".

Dijo la otorgante:

"La vendedora hubo los derechos que vende por herencia de su padre legítimo y como única heredera de Pablo Zamora, quien a su vez los adquirió conforme a la escritura pública número seiscientos diez y ocho (618), de fecha 22 de marzo de 1873; cien pesos ($ 100.00) de derecho primitivo en el citado indiviso por compra que hizo a la señora Dolores Sendoya".

Y agregó:

"Que los ochenta y tres pesos ($ 83.00) que vende se desprenden del derecho de cien pesos ($ 100.00) que adquirió de su padre en la forma dicha anteriormente. Que de los expresados cien pesos ($ 100.00), la vendedora ha vendido al señor Leopoldo Becerra la cantidad de tres ($ 3.00), y cuatro pesos ($ 4.00) al señor Juan Vélez, y se reserva para ella diez pesos ($ 10.00) de derecho...."

Anotó además la vendedora Anunciación Zamora v. de Vargas, que por cuanto la mitad de los derechos materia de la compraventa corresponde a sus hijos Manuel, Eloy, Ascensión y Mercedes Vargas, por haberlos adquirido como herederos de su padre Eloy Vargas, tales cuatro hijos suscriben dicha escritura. Al efecto, Arcesio García C. firmó por los cuatro Vargas Zamora, que no supieron hacerlo.

Por la escritura 145, de 26 de noviembre de 1926, otorgada en la notaría de Florida, Anunciación Zamora v. de Vargas ratificó en unión de su nuevo esposo, Peregrino Belalcázar, la escritura Nº 1312.

Hecha la ratificación, los esposos Belalcázar y Zamora dijeron entre otras cosas:

"Que el derecho que a la otorgante señora Zamora le correspondía en el indiviso de 'Santa Rosa', en este distrito, por título citado a que se refiere la presente de ratificación, por herencia de su finado padre señor Pablo Zamora, era de cien pesos ($ 100.00), de los cuales ha vendido al señor Juan N. Vélez cuatro pesos ($ 4.00), al señor Leopoldo Becerra.....
.....
.....
.....
.....
.....; diez pesos ($ 10.00) que se reserva la otorgante vendedora señora Zamora, para con ellos respaldar la finca agrícola en el mismo indiviso de "Santa Rosa", que fundó el primer esposo de la otorgante y le quedaron en firme cincuenta y seis pesos ($ 56.00) en el expresado terreno indiviso, que son los que por la mencionada escritura que ratifican por ésta, vendió la otorgante señora Zamora al otorgante señor González Tenorio, y también le vendió por la precitada escritura los veintisiete pesos ($ 27.00) de derechos litigiosos con el señor Leopoldo Becerra F., a que se ha referido en este instrumento a fin de que el señor González Tenorio por la acción o acciones que intente contra el señor Leopoldo Becerra F., le reclame para González Tenorio los expresados veintisiete pesos ($ 27.00) de derechos".

Por la escritura 217, de 8 de febrero de 1928, otorgada en la notaría 1ª de Cali, Lotario González vendió a Esteban Tenorio E. unas mejoras puestas a costa del vendedor en el terreno indiviso de "Santa Rosa" y en el denominado "La Bolsa de Castañas" y veinticinco pesos ($ 25.00) de derecho de terreno de valor primitivo en el terreno indiviso de "Santa Rosa", derecho que se desprende del de $ 83.00 de derecho primitivo, que el vendedor compró a Anunciación Zamora y a sus hijos, mediante la escritura 1312.

CAPITULO III

Por escrito fechado en Palmira el 13 de noviembre de 1928, Leopoldo Becerra F. promovió acción reivindicatoria contra Lotario González Tenorio, para que se hicieran las siguientes declaraciones:

1ª—Pertenece al demandante, en los precisos términos de la escritura Nº 56, de 8 de julio de 1908, el terreno de treinta plazas, poco más o menos, con pasto de pará, ubicado en el sitio de 'Santa Rosa', en el distrito de Florida, y delimitado así: 'por el oriente, con terrenos de los herederos o sucesores del señor Alonso Triviño; por el occidente, callejón al medio, con finca o predio de la señora Adela Becerra; al norte, con finca del señor Julio Solarte; y al sur, con finca o predio del señor Abel Becerra".

2ª—El demandado debe restituír al demandante el terreno a que se refiere la declaración anterior, con todas sus anexidades o dependencias, desde octubre de 1926 hasta el día de la restitución.

3ª y 4ª—El demandado debe hacer la restitución como poseedor de mala fe y pagar las costas del juicio.

Subsidiariamente pidió que si el demandado no es poseedor del terreno, se le condene como mero tenedor de acuerdo con las

declaraciones principales, y, también subsidiariamente, que si enajena maliciosamente el inmueble se le obligue a restituír lo recibido por causa de enajenación.

CAPITULO IV

El juzgado 2º del circuito de Palmira, en fallo de 30 de junio de 1933, resolvió favorablemente las peticiones principales de la demanda.

El tribunal de Cali, en fallo de 14 de febrero de 1936, revocó el de primer grado, y en su lugar declaró probada la defensa de carencia de acción, propuesta por el reo, y reconocida la de petición de modo indebido.

Fueron estos los fundamentos de la sentencia dictada por el tribunal:

1º—Aunque se demanda un lote de treinta plazas, poco más o menos, resulta del proceso que dicha porción de tierra hace parte del globo indiviso de "Santa Rosa".

2º—Aunque por la escritura 56, de 8 de julio de 1908, el actor hubo todos los derechos que a Peregrino, Jacinto, Purificación, Concepción y Dolores Belalcázar y Mercedes Reyes de Belalcázar les habían correspondido en la sucesión de José Teodoro, es cierto que lo adquirido por éste de Dolores Sendoya fue un derecho proindiviso en el nombrado globo.

3º—Si lo que José Teodoro adquirió fue sólo derechos en un indiviso, es evidente que no otra cosa podía transmitir a sus herederos.

4º—Como de las escrituras 1312 de 25 de octubre de 1926 y 217 de 8 de febrero de 1928 aparece que el demandado es comunero en el mismo indiviso de "Santa Rosa", la acción entablada no puede prosperar entre comuneros.

5º—Suponiendo que se reivindicara un lote cierto y determinado, tampoco podría prosperar la acción porque no la han promovido todos los que tienen el dominio del inmueble, pues el lote fue adjudicado a la cónyuge de José Teodoro y a sus siete hijos, y sin embargo no todas estas personas aparecen transfiriendo la propiedad al actor; de manera que se debió demandar para la sucesión del causante.

CAPITULO V

El actor interpuso recurso de casación y y alegó estas causales:

a)—Error de derecho en la apreciación de las escrituras 56 de 8 de julio de 1908, 1312 de 25 de octubre de 1926 y 215 (debió decir 217) de 8 de febrero de 1928; del certificado de fecha 5 de septiembre de 1930, expedido por el registrador, y de las hijuelas protocolizadas por la escritura 76 de 2 de mayo de 1889. Error de derecho que llevó a la violación de los artículos 756, 762, 946, 950, 952, 961, 962, 964 y 1759 del código civil.

b)—Error de hecho y de derecho en la interpretación de la escritura 56 de 8 de julio de 1908 y de las hijuelas de Mercedes Reyes v. de Belalcázar, y Jacinto, Purificación, Concepción y Dolores Belalcázar, "como significativas de que se refieren a derechos en el indiviso de 'Santa Rosa' y no al derecho de dominio sobre un cuerpo cierto y determinado, cual es el potrero del litigio, para llegar así a la conclusión de que Leopoldo Becerra es comunero con Lotario González"; y error también al deducir que por cuanto en la escritura 618 de 22 de marzo de 1873, Dolores Sendoya vendió a José Teodoro derechos en el indiviso de 'Santa Rosa', el potrero adjudicado en la sucesión del último como cuerpo cierto tiene que hacer parte del indiviso dicho. Dice que el tribunal cometió error al considerar el potrero como parte integrante de la comunidad de "Santa Rosa" y al dar a los títulos el carácter de prueba de una comunidad cuando ellos no tienen sino el de prueba de un cuerpo cierto. Agrega que a consecuencia de estos errores infringió los artículos citados en la letra a) y además el 2322 del código civil.

c)—El tribunal, deduciendo que Lotario González es comunero en "Santa Rosa", cometió error de derecho en la apreciación de las escrituras 1312 de 25 de octubre de 1926, y 217 de 8 de febrero de 1928. A consecuencia de este error violó todos los artículos citados en la letra a) y además el 2322 del código civil.

ch)—Error de derecho en la apreciación de la escritura 56 de 8 de julio de 1908, y en la apreciación de estas pruebas: copias de las resoluciones judiciales y de policía que obran en el expediente a fojas 9 v. a 13, 16 v. a 18, 36 v. a 42 y 43 v. a 45 del cuaderno Nº 5; declaraciones de Juan M. Guerrero, Evangelista Guerrero, Francisco Cabal Cuero, Dimas Muñoz, Martín Bermúdez, Agustín Belalcázar, Antonio Herrera y Gabriel Guerrero (cuaderno Nº 7), Celso

Valencia y Adolfo Camacho (cuaderno Nº 3, fojas 4 y 5), de las cuales aparece la posesión material que Becerra tuvo del potrero. Observa que si en cabeza de los vendedores Belalcázares no estaba el derecho de dominio, vendieron ellos cosa ajena, y la venta de cosa ajena vale. Quien la compra se pone en vía de ganarla por prescripción, y el artículo 951 del código civil lo ampara. De acuerdo con el 1871 de la misma obra, el comprador se pone en vía de prescribir el dominio de que carecía el tradente según el artículo 758. A consecuencia de los errores anotados, el tribunal violó, por no aplicación, los artículos 946, 950, 951, 952, 961, 963, 964, 1871, 2527, 2528 y 2529 del código civil.

d)—Error de derecho al considerar que demandado el lote como cuerpo cierto ha debido reivindicarse para la sucesión de José Teodoro Belalcázar, pues, terminado como está dicho juicio, la entidad herencia desapareció y los derechos se radicaron en los herederos. Este error llevó al tribunal a desconocer el valor de las hijuelas. Anota que si fuera de quienes vendieron a Becerra tienen también derecho en la cosa los otros herederos de José Teodoro, la sentencia no perjudicaría a esos otros herederos sino únicamente a González Tenorio, que no ha presentado títulos suficientes, ni título alguno que emane de las personas en quienes el tribunal supone derechos radicados sobre tal bien. El error de derecho en la apreciación de las hijuelas en relación con la escritura 56 de 8 de julio de 1908, llevó al tribunal a violar los artículos 756, 762, 946, 950, 952, 961, 964, 1759 y 2322 del código civil.

e)—Error de hecho al no apreciar y tener en cuenta como prueba de la identidad del terreno demandado con los títulos que acreditan el dominio, las declaraciones de Celso Valencia y Adolfo Camacho (cuaderno Nº 3, fs. 4 a 5), Juan María y Evangelista García, Francisco Cabal Cuero, Dímas Muñoz, Martín Bermúdez y Telésforo Pinzón (cuaderno Nº 3, fs. 10 a 12), a consecuencia de que estimando que no era el caso de reconocer la acción de dominio a Leopoldo Becerra, omitió el estudio de tales declaraciones. Dice que de los testimonios acusados (cuaderno Nº 7, fojas 7 a 14), se deduce que el lote en discusión fue cultivado y cercado por Teodoro Belalcázar, y así pasó como cuerpo cierto a poder de Leopoldo Becerra. Observa que de los testimonios de Roberto y Ricaurte Flórez y Telésforo Pinzón se deduce que el potrero lo ha venido poseyendo Becerra desde 1908, en virtud de la escritura 56, hasta el 26 de octubre de 1926, en que González Tenorio violentamente lo cercó con púas. No se puede decir que para demostrar la identidad de un bien que se reivindica, sea esencial la prueba de la inspección ocular. De la inspección se deduce la identidad necesaria para que la acción prosperara, pero como el tribunal no la apreció con el dictamen pericial, cometió evidentemente error de hecho. Luégo de hacer el recurrente un análisis en demostración de que hay prueba de la identidad entre el terreno demandado y el que ocupa González Tenorio, reproduce sus razones contra la sentencia "por la no apreciación de las pruebas de las cuales resulta comprobada la posesión material que, fuera de la legal, tuvo el señor Leopoldo Becerra del potrero, hasta el día en que Lotario González se la quitó", y agrega que también incurrió el tribunal en error de hecho al no apreciar la escritura 78 de 22 de marzo de 1922, como demostrativa de la posesión material, escritura en que aparece el contrato de arrendamiento celebrado con Alberto Moncaleano García. Afirma que a consecuencia de los errores alegados en estos puntos, violó el tribunal los artículos 762, 946, 950, 951, 952, 961, 962 y 964 del código civil.

CAPITULO VII

La corte estudia en su orden los motivos de casación:

— A —

En cada una de las ocho hijuelas se hace la adjudicación de un "derecho de tierra" en la comunidad de "Santa Rosa" y de un derecho en el potrero de pará.

En la escritura 56 consta que el mandatario Peregrino Belalcázar vende a Becerra F. un potrero de pará, con la advertencia de que el comprador "tiene derecho al corral".

En la escritura 1312, ratificada por la 145, se dice que Anénciación Zamora v. de Vargas vende a González Tenorio un derecho en el inmueble de "Santa Rosa".

En la escritura 217 aparece la venta que González Tenorio hace a Esteban Tenorio E. de un derecho en el inmueble indiviso de "Santa Rosa" y de unas mejoras puestas por el vendedor en el terreno dicho y en el denominado "La Bolsa de Castañas".

En el certificado de 5 de septiembre de 1930 da testimonio el registrador de que la escritura 56 no ha sido cancelada.

Afirma el recurrente que el tribunal incurrió en error de derecho al apreciar las ocho hijuelas, las tres escrituras y la certificación, error que le llevó a violar varios preceptos del código civil.

No lo cree así la corte.

Posesión es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor, sea que el dueño o el que se da por tal, tenga la cosa por sí mismo, o por otra persona que la tenga en lugar y a nombre de él.

Según el código civil la tradición del dominio de los bienes raíces se efectúa por el registro, nadie puede adquirir su posesión sino por tal medio y no cesa la inscrita mientras la inscripción no sea cancelada. El mismo código define la posesión como un hecho y dispone sea establecida por actos significativos de dominio. Distingue entre la inscrita, como signo de haberse transferido el dominio de los bienes raíces, y la material, que se adquiere por actos reales y se pierde desde que otra persona se apodera de la cosa con ánimo de hacerla suya. En este último sentido es visible y tangible. Un hecho y no un mero derecho. Algo que permite al propietario el ejercio de su dominio. Y como esta situación corresponde ordinariamente al dueño, es natural ver a éste en el poseedor material. La ley lo presume. Dice que el poseedor es reputado dueño. En el artículo 762, inciso 2º, poseedor es el tenedor de la cosa que se conduce con respecto a ella como lo hace el propietario, es decir, usando, gozando y disponiendo. Si así no fuera, el dueño inscrito de un inmueble, cuya inscripción no ha sido cancelada, se hallaría en imposibilidad de promover acción reivindicatoria contra el ocupante que sin título inscrito le desconoce su derecho, y dejaría de ser cierto que la acción de dominio corresponde al dueño de una cosa singular, de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituírsela.

En este juicio se enfrentan Leopoldo Becerra F., como poseedor inscrito, y Lotario González Tenorio, como poseedor material, sea que el último ocupe la cosa en su solo nombre o sea que la ocupe en el suyo y en el de condueños.

Afirma el recurrente que con el título registrado de Becerra F., escritura 56, la presunción de dominio favorable a González Tenorio queda anulada, y debe éste exhibir otro título inscrito que demuestre su derecho en forma superior a la de aquél.

No es aceptable esa afirmación porque el fundamento del fallo consistió en hallarse probadas las excepciones de carencia de acción y de petición de modo indebido.

Como el tribunal estimó que demandante y demandado son copartícipes en el inmueble de "Santa Rosa", dijo que la acción no podía prosperar. Con ello siguió la doctrina de que el comunero posee la cosa en su nombre y en el de sus condueños, doctrina que se desprende de los artículos 943 y 2525 del código civil, pues el condómino posee la cosa en todas y cada una de sus partes, pero no exclusivamente por sí y para sí sino también por y para sus copropietarios. Otra cosa sería si por interposición de título un comunero lograra poseer con ánimo de señor absoluto, y poseyendo de esa suerte, con desconocimiento de los derechos de sus compañeros de origen, alegara la prescripción adquisitiva de lo ocupado y explotado.

Es cierto que según la escritura 56 de 1908, Becerra F. compró la totalidad de una cosa y la poseyó durante algún tiempo; pero también es cierto que sus vendedores no podían transferirle el dominio de las cuotas ajenas.

No ha habido, por tanto, error de ninguna clase en la apreciación de la escritura 56 de 1908 y de la certificación expedida por el registrador de 1930.

Aunque González Tenorio presentó la escritura 1312 de 1926, ratificada por la 145 del mismo año, y también la 217 de 1928, es imposible que el tribunal incurriera en error alguno al compararlas con la 56 de 1908, porque él no juzgó del caso entrar a medir su alcance frente al título de Becerra F., debido a que sobre la base de la comunidad declaró probadas las excepciones de carencia de acción y de petición de modo indebido, lo cual hacía inútil todo parangón de títulos. El tribunal no dedujo la existencia de una comunidad por el solo estudio de aquellas tres escrituras, en cuya apreciación pudo errar, sino que se remontó a la 618, de 22 de marzo de 1873, en la cual se ve cómo el inmueble de "Santa Rosa" pertenecía en común a cinco personas, y además tomó en cuenta el juicio de sucesión de José Teodoro Belalcázar, en donde se advierte que los adjudicatarios del derecho de éste fueron ocho individuos. Aceptando que hubiese error en la apreciación de dichas tres escrituras, la alusión hecha por el tribunal a la 618 de 1873, a las hijuelas y al título del actor, basta para fundamentar su concepto sobre comunidad,

No tiene importancia la observación hecha por el recurrente, de que "Becerra F. no está invocando su calidad de comunero para reivindicar sino su calidad de dueño del potrero en relación con el detentador González", porque un solo accionista no puede reivindicar en su nombre y para sí un lote determinado de la cosa común. Su derecho es otro, conforme al artículo 949 del código civil.

El tribunal no le ha exigido al demandante, como lo sugiere su apoderado, la prueba diabólica. Al dueño que quiere demostrar propiedad le toca establecer su derecho, pero exhibido el título inscrito no hay para qué exigir 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 obligarse también a comprobar la validez de todas las piezas que componen una cadena infinita. Así lo dijo la corte en reciente fallo, y en ello se confirma. Pero hace constar que en este litigio la sola lectura del título exhibido por el actor demuestra con plenitud que él compró cosa ajena. En ese título, marcado con el Nº 56, está inserto el poder que cinco de los ocho adjudicatarios confirieron a Peregrino Belalcázar para que vendiera a Leopoldo Becerra F. "el potrero de treinta plazas de pará a que se refieren las hijuelas ya expresadas". De tales hijuelas se hizo mérito en el poder, citando además la escritura 78 de 2 de mayo de 1889, otorgada en la notaría 1ª del circuito de Palmira, por la cual fue protocolizado el juicio de sucesión de José Teodoro Belalcázar, juicio en que aparecen los bienes de éste adjudicados en común a la cónyuge sobreviviente, Mercedes Reyes de Belalcázar, y a los siete hijos habidos en el matrimonio Belalcázar-Reyes: Tomás, Jacinto, Custodia, Purificación, Josefa, Concepción y Dolores. De estos ocho adjudicatarios solamente confirieron poder a Peregrino Belalcázar la expresada cónyuge y Jacinto, Purificación, Concepción y Dolores. Para nada figuran sus condueños Tomás, Custodia y Josefa, cuyos derechos vendió también Peregrino ejerciendo un mandato en que los comitentes obraron como si fueran propietarios de la totalidad de la cosa. Peregrino no fue adjudicatario-vendedor, como lo dice el tribunal. Pero sí acertó éste al afirmar, como base de su sentencia, que "no todas estas personas (las causahabientes de José Teodoro), aparecen transfiriendo el dominio del susodicho lote a quien ha iniciado la acción".

El tribunal apreció bien las hijuelas formadas en la sucesión de José Teodoro, en las cuales se ve que los ocho adjudicatarios quedaron de comuneros en el "derecho de tierra" y en el "pastal de pará". Aunque, como lo anota el recurrente, se haya hecho "separación completa entre los derechos en el indiviso de "Santa Rosa" y del dominio del potrero", es indudable que las dos cosas, si acaso pueden separarse, pertenecían a ocho personas, y que el título exhibido por el actor procede apenas de cinco.

Admitiendo que el tribunal errara al considerar comunero a González Tenorio, no por eso podría negarse que Becerra F., a quien no pudo hacérsele tradición sino de cuotas determinadas proindiviso en una cosa singular, pretendió reivindicar toda esta cosa como cuerpo cierto.

Siendo insuficiente la escritura 56, nada importa que su registro no haya sido cancelado.

No fueron violados los artículos a que se refiere esta causal.

— B —

Suponiendo que errara el tribunal en la apreciación de la escritura 56 y en la de las hijuelas formadas a los cinco vendedores, porque confundiese el inmueble de "Santa Rosa" con el potrero de pará, en nada afectaría ese error el fundamento de la sentencia, porque siempre sería verdad que Becerra F. compró la totalidad de una cosa a quienes no tenían sino algunas cuotas en ella. Lo mismo se observa respecto del alegado error en la apreciación de la escritura 618 de 1873. El tribunal no ha negado que por la 56 comprara el demandante un cuerpo cierto. Pero no es lo mismo comprar una cosa que adquirir una cosa.

En las hijuelas aparece adjudicado un potrero de pará, pero no únicamente a los vendedores sino también a otras tres personas con quienes no ha contratado Becerra F. Poco importa que el potrero y el inmueble común sean cosas distintas, como lo afirma el recurrente. De que el potrero fuese cultivado y cercado por José Teodoro Belalcázar y pasara como cosa singular a sus herederos y luégo a Becerra F., no se infiere que sea éste el dueño único de esa cosa singular.

No fueron violados los artículos a que se refiere esta causal.

— C —

Si acaso González Tenorio es extraño al dominio de la cosa reivindicada, no por eso deja de ser cierto que el actor, cuya calidad de condueño resulta clara, está incapacitado para reivindicarla totalmente en su nombre y provecho.

No fueron violados los artículos a que se refiere esta causal.

— CH —

Alega el recurrente que si en cabeza de los vendedores no estaba el dominio sobre toda la cosa, hubo entonces venta de cosa ajena, válida según la ley y suficiente para que al comprador le asista la acción reivindicatoria concedida, aunque no se pruebe dominio, al que ha perdido la posesión regular de la cosa y se halla en el caso de poderla ganar por prescripción.

Si, como se ha demostrado, en el contrato a que se refiere la escritura 56 hubo en parte una venta de cosa ajena, es claro que el comprador no fue poseedor regular de las cuotas pertenecientes a quienes no le vendieron.

Se llama posesión regular la que procede de justo título y ha sido adquirida de buena fe, aunque ésta no subsista después de la adquisición.

No se discute la justicia del título exhibido por el actor, pero es inadmisible que éste adquiriera con la persuasión de haber recibido la cosa de quien tenía facultad de enajenarla íntegramente. Ya se observó que en la escritura de compraventa fue insertada la de mandato, y que en la última se alude al juicio de sucesión de José Teodoro Belalcázar, citando por su número, fecha y lugar, el instrumento con que se hizo la protocolización del expediente respectivo. Estas circunstancias son inconciliables con la conciencia de haberse adquirido el dominio de la totalidad de la cosa, porque se estimara que Peregrino Belalcázar tenía la facultad de enajenarla completa. Con alguna diligencia se hubiera persuadido Becerra F. de lo contrario.

Decía Pothier que la buena fe es "la justa opinión que tiene el poseedor de haber adquirido el dominio de la cosa". Con más énfasis la define Troplong como "la creencia firme e intacta de que uno es propietario". Y Voet en esta forma impecable: "Ilesa conciencia del que piensa que la cosa es suya".

Para que el poseedor sea regular debe, fuera de tener un justo título, estar convencido de que ninguna otra persona es dueña de la cosa o de una parte de la cosa que él posee, y estar tranquilo respecto del derecho y de la capacidad y facultad de la persona o personas con quienes ha contratado. Un justo error en materia de hecho no se opone a la buena fe. Pero en el caso del pleito sería injurídico admitir esa convicción, esa tranquilidad y esa justicia, aunque el comprador haya obrado sin dolo, porque cualquier individuo cuidadoso hubiera consultado las hijuelas que se citan en la escritura de mandato incorporada en la de compraventa. Por tanto, el actor no perdió una posesión regular que le permitiera acogerse al artículo 951 del código civil.

Es improcedente averiguar si el reo es verdadero dueño o si posee con igual o mejor derecho que el actor. No se olvide que la sentencia consistió en declarar probadas las excepciones de carencia de acción y de petición de modo indebido. El tribunal no necesitaba hacer el reconocimiento de que González Tenorio es condueño en la cosa. No porque la corte se abstenga de casar tal fallo puede entenderse que reconoce tal calidad de condueño. Sencillamente no se ocupa en esclarecer ese punto, porque la sola calidad de cosa común, pertenezca a quienes perteneciere, priva a Becerra F. de la acción que entabló.

Negada la acción, el tribunal no tenía por qué estudiar las resoluciones judiciales y policivas ni los testimonios en que el recurrente cree ver probada la posesión material del actor con anterioridad a la del reo.

No han sido violados los artículos a que se refiere esta causal.

— D —

Tiene razón el recurrente cuando afirma que el tribunal erró al sostener que el potrero ha debido reivindicarse para la sucesión de José Teodoro Belalcázar. Adjudicados los bienes como consta en las hijuelas, para este efecto no tenidas en cuenta por el tribunal, es evidente que la sucesión del causante dejó de constituir un patrimonio autónomo. Empero, este concepto erróneo no desquicia lo fundamental de la sentencia.

No porque a los propietarios extraños a la compraventa les resultara inofensivo un fallo favorable al actor, puede concluirse que éste tiene acción para reivindicar el

todo en su nombre y provecho cuando apenas exhibe un justo título sobre la parte.

El error del tribunal implica claro olvido de los artículos invocados, pero no autoriza a la corte para admitir esta causal.

— E —

No tiene importancia estudiar si está demostrada la identidad entre lo que Becerra F. demanda y lo que González Tenorio posee, así como lo referente a la posesión material que el primero tuviese, porque sobre la base de la carencia de acción, admitida por el tribunal y no rechazada por la corte, no había objeto en hacer esa investigación.

No fueron violados los artículos a que se refiere esta 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 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 ppdad.

COPIAS DE COPIAS.—POSESION.—ACCESION.—REIVINDICACION Y RECOBRO

1.—En Chile la segunda copia tiene valor probatorio, con arreglo al artículo 331 del código de procedimiento civil, aunque se obtenga "sin" los requisitos que las leyes prescriben para que haga fe, cuando no es objetada como inexacta dentro de cierto término. No así en Colombia: endonde los trasuntos de piezas que se hallen en los competentes archivos oficiales deben llegar al juicio autorizados por los secretarios o empleados a quienes toca la custodia de los originales; endonde aun los documentos públicos auténticos han de cotejarse con sus originales cuando la parte contraria, a quien corresponde probar su falsedad, los redarguye de falsos; endonde los traslados de documentos procedentes de funcionarios públicos hacen plena prueba si fueron expedidos formalmente con la autorización de quienes custodian los archivos, según los artículos 681 del antiguo código y 632 del nuevo, y, por fin, endonde los jueces estudian de oficio si las pruebas fueron bien rendidas (art. 1758 del C. C.).—2.—La legislación francesa, siguiendo a los jurisconsultos ingleses, para quienes debe recurrirse siempre al mejor medio de prueba de que sea susceptible un asunto, se funda en que el testimonio directo debe ser siempre preferible al testimonio indirecto y en que la prueba se debilita a medida que se aleja de su fuente; así trae en sus artículos 1334, 1335 y 1336 varias restricciones sobre expedición de copias y sobre el valor que merecen. Unicamente los originales hacen fe. Empero, algunas copias tienen su misma eficacia: los primeros trasuntos y también las actas del escribano de actuación ("exploits d'hussier"). Si el original no existe, los traslados pueden servir de prueba completa o de principio de prueba por escrito. Pero las copias de copias no tienen una fuerza probatoria determinada. Serán indicios, noticias o reseñas.—3.—En la doctrina francesa se reciben como aforismos ciertas nociones sobre pruebas un poco diferentes de las contenidas en el antiguo derecho español, en el chileno y en el colombiano.—4.—Qué vale la copia notarial de una copia protocolizada? Esta pregunta no puede ser absuelta a "priori". Ello depende del contenido de la copia protocolada. En multitud de ocasiones carecerá de todo valor, como si reproduce documentos que deben llegar originales al proceso, o documentos cuyo trasunto ha de ser expedido formalmente y autorizado por quien guarda los archivos, o documentos cuya saca debe hacerse por otro competente funcionario, etc., etc. Pero valdrá en algunos casos, como cuando la copia incorporada en el protocolo se refiere a un hecho cuyo cumplimiento puede establecerse por cualesquiera pruebas —documentales, personales, materiales— y no sólo valiéndose de la escrita reproducida en determinada forma y por determinado funcionario.—5.—La presunción consagrada por el artículo 762, en su inciso 2º, del código civil, tanto favorece al poseedor demandado como al poseedor demandante.—6.—Ordinariamente, la accesión opera por ministerio de la ley.—7.—Cuando el dueño de una cosa singular en que otro edificó dentro de las circunstancias previstas en el inciso 2º del artículo 739, "no" ha perdido la posesión de la cosa, su acción no es de dominio sino simplemente de recobro.—8.—Hecho el trabajo a sabiendas del dueño y sin protesta suya, entiéndese que lo aceptó. Dijo el rey sabio: "El que se dexa engañar entendiéndolo se non puede querellar como ome engañado", principio que, si bien restringido en muchas aplicaciones, procede en este caso.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Civil.—Bogotá, marzo trece de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente, Dr. Miguel Moreno Jaramillo)

CAPITULO I

La Venerable Orden Tercera de San Francisco demandó a María Josefa Saavedra de Jaramillo, para que se hicieran estas declaraciones:

Primera.—Es de propiedad de la Venerable Orden Tercera de San Francisco, el edificio de techo de teja, con su respectiva planta y solar, que posee María Josefa Saavedra de Jaramillo, con una superficie de cuatrocientos cincuenta y dos metros cuadrados con treinta centímetros, ubicado en Buga, y comprendido dentro de estos linderos: "norte, con la casa de la señora Ana Jesús Calero v. de Lora y herederos del señor Lora; sur, con el interior de la iglesia y plazuela de San Francisco; oriente, con el edificio del Colegio Académico de Buga; y occidente, con las dos piezas de habitación que con su respectiva planta compró el presbítero doctor Víctor Saavedra al señor Dn. Francisco Rivera González por escritura Nº 16 de 18 de enero de 1897, otorgada en la notaría de Buga, con destino a la parroquia de Buga y que perteneció a la Venerable Orden Tercera de San Francisco, siendo los linderos especiales de estas dos piezas: oriente, con el corredor interior del edificio de la Venerable Orden Tercera de San Francisco; sur, con la plazuela de la misma Venerable Orden Tercera; norte, con casa y solar de la señora Ana Jesús Calero v. de Lora y here-

deros del señor Lora; y occidente, calle que se denominó "Veinte de Julio", hoy carrera once".

Segunda.—María Josefa Saavedra de Jaramillo, como poseedora del edificio, planta y solar, está en la obligación de entregar los expresados inmuebles a la Venerable Orden Tercera de San Francisco, y a pagar los frutos civiles, no solamente los percibidos sino también los que la demandante hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad si los inmuebles hubieran estado en su poder.

CAPITULO II

Fueron estos los hechos fundamentales de la demanda:

a)—El 1º de agosto de 1810, el muy ilustre cabildo de Buga hizo a la Venerable Orden entrega de la iglesia, edificio y solar conocidos bajo la denominación de "San Francisco", con sus anexidades, de conformidad con la petición que obra en el título de entrega, protocolizado en la notaría de Buga por escritura Nº 656 de 1º de julio de 1927.

b)—La Venerable Orden ha venido poseyendo esos inmuebles desde el 1º de agosto de 1810, excepto dos piezas de habitación que enajenó y vinieron luégo a ser de propiedad de la parroquia de Buga, por compra que hizo el Dr. Víctor Saavedra según escritura Nº 16 de 18 de enero de 1897, piezas que después adquirió para sí el expresado Dr. Saavedra mediante la escritura 294 de 3 de octubre de 1912.

c)—En la escritura 331 de 18 de diciembre de 1902, por medio de la cual el síndico de la iglesia parroquial hizo al Dr. Saavedra dación en pago de un lote de terreno y edificio ruinoso, se expresó "que el acrecentamiento o mejoras hechas en la casa cural habían accedido por el artículo 739 del código civil a esa misma casa cural".

ch)—El concepto de accesión a que alude el hecho anterior encierra un error jurídico, porque las mejoras hechas en terreno de propiedad de la Venerable Orden accedieron a aquel terreno y no al en que se encuentran las dos piezas de habitación.

d)—El doctor Saavedra no pudo transferir a sus herederos sino lo que adquirió por la escritura 294 de 2 de octubre de 1912, pues no siendo dueño del terreno endonde se hizo la edificación, la Venerable Orden es el único dueño de las mejoras a que se refiere la escritura 331, de acuerdo con el citado artículo 739; y porque lo adjudicado a la señora Saavedra de Jaramillo no pudo extenderse a la porción de que es dueña la Venerable Orden, sino únicamente a las dos piezas de habitación a que se refiere la escritura 16 de 18 de enero de 1897 y la 294 de 3 de octubre de 1912.

e)—El doctor Saavedra reconoció que la edificación, planta y solar pertenecen a la Venerable Orden, como consta en varias escrituras.

f)—El doctor Saavedra, en la escritura 16 de 18 de enero de 1897, fija como lindero oriental de las dos piezas compradas a Rivera González para la parroquia de Buga, el corredor interior del edificio de la Venerable orden; en la 331, de 18 de diciembre de 1902, reconoce este mismo lindero oriental, e igual reconocimiento hace en la 294 de 3 de octubre de 1912, endonde confiesa (cláusula tercera) que parte del edificio de la casa cural se halla construído sobre suelo perteneciente a la Venerable Orden.

g)—Si el doctor Saavedra reconoció a favor de la Venerable Orden la propiedad y posesión de lo que es hoy materia de la reivindicación, mal puede alegar la demandada derecho a lo que posee hoy materialmente, pero sin justo título y buena fe.

CAPITULO III

María Josefa Saavedra de Jaramillo contestó la demanda y propuso estas defensas: prescripción; inexistencia de un título que autorice la reivindicación, y todo hecho en virtud del cual las leyes desconocen la existencia de la obligación o la declaran extinguida si alguna vez existió.

CAPITULO IV

El juzgado de Buga falló en estos términos:

Primero.—La Venerable Orden es dueña del edificio de techo de teja, con su respectiva planta y el solar que posee María Josefa Saavedra de Jaramillo, inmueble ubicado en Buga, dentro de los linderos señalados en la demanda.

Segundo.—María Josefa Saavedra de Jaramillo está obligada a entregar dicho inmueble a la Venerable Orden, con los frutos civiles percibidos, como poseedora de buena fe.

Tercero.—Para obtener la restitución y pago dichos, debe la demandante pagar a la demandada las mejoras útiles de que trata el artículo 966 del código civil, con la opción indicada allí.

Cuarto.—No están probadas las excepciones perentorias propuestas.

CAPITULO V

El tribunal de Buga revocó el fallo de primera instancia, declaró probadas las excepciones perentorias de carencia de título para reivindicar y de prescripción adquisitiva del dominio, y, en consecuencia, absolvió a la demandada de los cargos que le fueron formulados.

El tribunal se fundó:

a)—En que sobre las dos piezas que el doctor Saavedra compró al doctor Rivera González, y sobre el edificio que aquél levantó para formar la casa cural, no puede tener la Venerable Orden otros derechos, en el caso de pertenecerle la planta, que los reconocidos por el artículo 739 del código civil, lo cual significa su carencia de acción y título para reivindicar "el edificio de techo de teja".

b)—En que de acuerdo con el artículo 2606 del código civil, la escritura de protocolización hecha por el presbítero Salazar el 1º de julio de 1927, no tiene otro valor que el de copia de las copias protocoladas. "Y como esas copias no tienen la calidad de instrumentos públicos o auténticos (art. 1758 del C. C.) no pueden aceptarse como título suficiente para reivindicar", y "más aún: no tienen siquiera la calidad de documentos auténticos porque los originales en cuanto al decreto del gobernador Tacón reposan en el archivo de Ipiales, de modo que éstas son tercera copia".

c)—En que en las mencionadas copias no consta que a la Venerable Orden se le hubiera transferido el dominio de la iglesia de San Francisco y de sus anexidades, porque los documentos "no tienen la calidad de títulos traslaticios de dominio, ni de ellos o de alguna otra prueba aparece tampoco demostrado que la Venerable Orden hubiera sido al menos poseedora material de tales bienes desde el año de mil ochocientos diez hasta alguna época posterior en que hubiera perdido esa posesión".

ch)—En que como el doctor Saavedra adquirió la casa por compra hecha el 3 de octubre de 1912, y la demandada heredó ese inmueble y lo ha poseído con justo título, quieta y pacíficamente, por más de diez años, porque a su posesión se suma la de su antecesor, está cumplida a su favor la prescripción adquisitiva, sean cuales fueren los efectos de los hechos enunciados en los documentos antiguos cuyas copias protocolizó el presbítero Salazar.

d)—"Y no se diga que al alinderar en esa escritura la cosa vendida al padre Saavedra en su límite oriental 'con terreno y edificio de propiedad de la Orden Tercera de San Francisco' se hizo reconocimiento alguno de dominio a favor de ella, porque, según lo observó el Tribunal en la inspección ocular que practicó dentro del término de prueba, la casa que posee la señora demandada colinda en verdad por el oriente con terreno y edificio de la iglesia de San Francisco, o sea con un corredorcito y una faja de tierra que la interceptan por ese lado del edificio del Colegio Académico. Además, la declaración contenida en el numeral tercero de la misma escritura, o sea "que parte del edificio de la casa cural que se vende se halla construído sobre suelo de propiedad de la Orden Tercera de San Francisco" no funda derecho a favor de ésta ni implica manifestación por parte del padre Saavedra de no entrar, al menos de allí en adelante, en posesión a título de dueño del inmueble que se le vendía; porque —como se ha visto— la Venerable Orden Tercera no ha presentado título que la acredite como dueña y entonces nada significa que el síndico otorgante consignara de motu propio esos dos equivocados y personalísimos conceptos suyos".

CAPITULO VI

La Venerable Orden interpuso recurso de casación contra la sentencia dictada por el tribunal de Buga, a la cual hizo estos cargos:

Primer cargo.—Dice el sentenciador que la Orden Tercera carece de título y por lo mismo de acción para reivindicar el edificio, porque aun cuando fuese dueña del terreno no tendría más derechos que los reconocidos por el artículo 739 del código civil al dueño del suelo en que otro, con o sin su conocimiento, haya edificado, plantado o sembrado. Al desconocerle la acción reivindicatoria violó, por errónea interpretación, el mencionado precepto civil, pues de éste no se desprende que el propietario del suelo en que otro haya edificado carezca de esa acción para adquirir las edificaciones. El caso de este litigio es el contemplado por el artículo 739, en su inciso 1º, porque no puede sostenerse que el edificio fuese levantado a ciencia y paciencia de la Orden Tercera.

Segundo cargo.—Dice el sentenciador que la escritura 656 de 1º de julio de 1927, sobre protocolización de los documentos relativos a la cesión y entrega del inmueble, no puede aceptarse como título suficiente para reivindicar, porque de acuerdo con el artículo 2606 del código civil, "aquel instrumento no tiene otro valor que el de copia de las copias protocoladas, y éstas no tienen la calidad

de instrumentos públicos o auténticos a la luz del artículo 1758 del código civil". Haciendo esta afirmación incurrió el sentenciador en error de hecho evidente, porque esa copia fue expedida por el secretario del cabildo de Buga, el 12 de julio de 1828, tomándola de sus originales, y lleva la firma autógrafa del secretario del cabildo, don Basilio Antonio Zorrilla, como puede verse en estas palabras puestas al pie de dicha copia: "Es copia fiel sacada de sus originales en los que queda puesta la nota del papel y fecha en que se confiere ésta, etc. Basilio Antonio Zorrilla". Como consecuencia de este error, violó el artículo 2606 del código civil, por aplicación indebida, pues al establecer ese texto que "por la protocolización no adquiere el documento protocolado mayor fuerza y firmeza de la que originalmente tenga", expresa cómo la protocolización no le hace perder al documento protocolizado la virtud probatoria que en sí tenga, porque al tenor del artículo 2576 del mismo código, la ley deposita en el notario fe pública respecto de los actos y contratos que ante él pasan, y confianza respecto de los documentos que se ponen bajo su custodia. La copia de una escritura de protocolización de documento auténtico, pero no público, no debe considerarse ante la ley como copia de copia para negarle su valor probatorio, cuando el hecho queda probado con el documento auténtico que lo acredita plenamente. Violó además, por errónea interpretación, el artículo 1758 del código civil, porque de la citada disposición no se deduce que sólo sea documento auténtico el otorgado ante notario.

Tercer cargo.—Como se trata de probar que la Orden Tercera entró en posesión desde el 1º de agosto de 1810, la copia auténtica de la diligencia de posesión y entrega acredita plenamente la posesión inicial, y si ese documento se relaciona con los demás datos del proceso aparece la prueba de la posesión durante un tiempo mayor de ciento doce años. Afirma el tribunal que los documentos protocolizados no tienen la calidad de auténticos, porque los originales en cuanto al decreto del gobernador Tacón reposan en el archivo de Ipiales, y que, por tanto, la copia de la escritura de protocolización resulta ser una tercera copia de ese decreto. Dice el tribunal ser piedra angular de la acción reivindicatoria la afirmación de que el 1º de agosto de 1810 el cabildo de Buga entregó a la Orden Tercera, iglesia, edificio y solar. Observa la parte recurrente que si el fundamento de la acción es la posesión ejercida desde la fecha expresada hasta el 3 de agosto de 1922, nada tiene que ver el decreto del gobernador, y, por consiguiente, incurrió en error de hecho manifiesto al apreciar la prueba de la entrega, que no es tal decreto sino la diligencia suscrita en Buga el 1º de agosto de 1810, diligencia que aparece con la categoría de documento auténtico, en razón de hallarse autorizada por el competente funcionario. Como consecuencia de este error, violó el sentenciador, por no haberlos aplicado, los artículos 762, 782, 950, 951, 2531 y 2532 del código civil.

Cuarto cargo.—Dice el sentenciador que los documentos protocolizados no tienen la calidad de títulos traslativos de dominio, y que ni de ellos ni de otra prueba aparece demostrado que la Orden Tercera hubiera sido poseedora del inmueble, y que, en cambio, la demandada ha poseído con justo título por más de diez años, de donde deduce estar cumplida a su favor la prescripción adquisitiva ordinaria. Incidió el tribunal, al hacer estas afirmaciones, en error de hecho manifiesto en los autos, así:

A).—Apreció erróneamente la diligencia de entrega, fechada el 1º de agosto de 1810.

B).—Dejó de apreciar la escritura Nº 8, de 5 de enero de 1903, sobre protocolización por el doctor Saavedra de los documentos relativos a la casa parroquial, porque de esos documentos surge la confesión de que el terreno era y es de la Orden Tercera.

C).—Apreció erróneamente la escritura 294 de 3 de octubre de 1912, porque de ese documento aparece que el doctor Saavedra adquirió la casa cural con exclusión del terreno de propiedad de la Venerable Orden, como se ve en el punto tercero de tal escritura, con el cual se comprueba que el doctor Saavedra nunca poseyó el terreno materia de la reivindicación. La heredera sólo poseyó cinco años, cuatro meses, once días.

D).—Dejó de apreciar la diligencia de inventarios y avalúos de los bienes pertenecientes a la sucesión del doctor Saavedra, porque de haberla apreciado habría hallado otra plena prueba del reconocimiento del dominio de la Orden Tercera, y por consiguiente de la falta del ánimo de señor o dueño en la parte demandada con relación al suelo que se reivindica.

Como consecuencia de los errores de hecho anotados, violó el sentenciador, por falta de aplicación, estos artículos del código civil: 762, 780 (inciso 2º), 782, 950, 951, 2531 y 2532.

CAPITULO VII

1.—Por escritura Nº 73 de 30 de mayo de 1887, Gabriela Sarmiento vendió a Alfonso París, una casa y tiendas situadas en Buga, calle de "El Veinte de Julio".

2.—Por escritura Nº 276 de 6 de octubre de 1891, Alfonso París vendió a María Jesús Rivera González, las dos tiendas a que se alude en la escritura anterior, delimitadas así: "por el oriente, el edificio interior correspondiente a la Venerable Orden Tercera; por el sur, la plazuela de la iglesia de San Francisco; por el norte, la casa de los herederos del señor Cayetano Sarmiento, comprada por el vendedor junto con las tiendas; y por el poniente, calle de por medio, con casa del doctor Mariano Ospina, hoy perteneciente a su viuda, señora Susana Domínguez".

3.— En esa escritura Nº 276 se hallan estos datos: Alfonso París vendió la casa a Ana Jesús Calero de Lora, reservándose las dos tiendas, habidas por Gabriela Sarmiento según compra que el 14 de septiembre de 1858, escritura Nº 180, le hizo a Remigia Sarmiento; ésta las hubo por compra a Mariano Ospina y fueron antes de la Venerable Orden Tercera.

4º—Por escritura Nº 298 de 10 de noviembre de 1894, María Jesús Rivera González vendió a Francisco Rivera González las dos tiendas.

5.—Por escritura Nº 16 de 18 de enero de 1897, Francisco Rivera González vendió al doctor Víctor Saavedra las dos tiendas.

6.—Por resolución fechada el 3 de julio de 1898, el gobierno eclesiástico de Popayán, "por lo que a Nos toque", autorizó al doctor Víctor Saavedra, para que edificara la casa parroquial en el solar de San Francisco, independizándola completamente del témplo.

7.—Por memorial fechado en Buga el 8 de abril de 1902, el doctor Saavedra dice al señor arzobispo de Popayán: "... las piezas fueron compradas por la suma enunciada y en mi poder reposa la escritura pública. Luégo después con el permiso que V. S. I. se dignó concederme in scriptis, procedí a la construcción de otras piezas en el patio espacioso del templo de San Francisco, con el cual limitaban las dos piezas ciegas compradas al referido señor doctor Rivera, con el objeto de procurarme una habitación suficiente no sólo para mí, sino también para mi coadjutor, que no tenía casa propia, como no la tuvieron tampoco los coadjutores que se sucedieron después".

8.—Por escritura Nº 331, de 18 de diciembre de 1902, la Parroquia dio al doctor Saavedra un inmueble en pago de lo que éste había gastado en la construcción de la casa cural. En tal escritura se dijo: "Por haber adquirido el señor doctor Saavedra las tiendas con el objeto de hacer la habitación para el párroco, el crecimiento y mejoras del edificio hacen, en consecuencia, parte de la casa cural, por derecho de accesión, conforme al artículo setecientos treinta y nueve del código civil, mediante la indemnización correspondiente, como si se tratara de prestaciones mutuas en el caso de una reivindicación, porque a ellas se refiere la disposición legal citada".

9.—Hecha la dación en pago, se dice en la escritura Nº 331: "que por orden del ilustrísimo y reverendísimo señor arzobispo así lo declara y otorga, para que la casa que edificó y mejoró el señor presbítero doctor Saavedra en la calle de "El Veinte de Julio" quede toda entera de propiedad de la parroquia como casa cural..." Y más adelante: "Que la casa vecina al templo de San Francisco queda perteneciendo toda entera a la parroquia de Buga, y que por su parte ha recibido el edificio ruinoso y solar que se le da en pago, en la extensión y por los linderos que se dejan expresados". (Esta última es declaración del doctor Saavedra).

10.—Por escritura Nº 294 de 3 de octubre de 1912, la iglesia parroquial vendió al doctor Víctor Saavedra el derecho de dominio que tiene la iglesia sobre un inmueble denominado casa cural, delimitado así: "por el oriente, con terreno y edificio de propiedad de la Orden Tercera de San Francisco; por el sur, con la plazuela de la iglesia de San Francisco; por el occidente, calle en medio, con casa y tiendas de propiedad de las señoras Romelia y María Francisca Ospina Domínguez, herederas de la señora Susana Domínguez v. de Ospina, y por el norte, con casa y solar de propiedad de la señora Ana Jesús Calero v. de Lora". En esta escritura se lee: "Tercero.—Que el precio de este contrato ha sido fijado por peritos según diligencia que original se inserta, teniendo en cuenta que como parte del edificio de la casa cural que se vende se halla construído (sic) sobre suelo de propiedad de la Orden Tercera de San Francisco, del valor total dado al inmueble, o sea la cantidad de mil cuatrocientos pesos oro ($ 1,400.00), comprendiendo toda la planta en que está levantada la edificación, se deduce la cantidad de doscientos pesos oro ($ 200.00) colombiano, como precio del suelo de la expresada Orden Tercera".

11.—Por escritura Nº 296 de 14 de julio de 1922, fue protocolizada la causa mortuoria del doctor Víctor Saavedra, y en ella aparece que a María Josefa Saavedra de Jaramillo le fue adjudicada una cuota en el inmueble que se delimita así: "por el oriente, solar y edificio de la iglesia de San Francisco de esta ciudad; por el sur, la plazuela y el mismo edificio de la iglesia de San Francisco; por el occidente, carrera catorce en medio, con casa perteneciente a las señoras Romelia y Francisca Ospina Domínguez; y por el norte, con casa perteneciente a la señora Ana Jesús Calero v. de Lora". En la hijuela se dice que este inmueble fue adquirido por el doctor Saavedra, mediante la escritura Nº 294, de 3 de octubre de 1912, otorgada en la notaría 1ª de Buga.

CAPITULO VII

Como resultado de la relación de títulos hecha en el capítulo anterior, se tiene lo siguiente:

a).—Que María Josefa Saavedra de Jaramillo fue causahabiente del doctor Víctor Saavedra, éste de la iglesia parroquial, ésta del mismo doctor Saavedra, éste de Francisco Rivera González, éste de María Jesús Rivera González, ésta de Alfonso París y éste de Gabriela Sarmiento.

b).—Que el doctor Víctor Saavedra, causante inmediato de María Josefa Saavedra de Jaramillo, reconoció en memorial fechado el 8 de abril de 1902, dirigido al señor arzobispo de Popayán, que la construcción de algunas piezas fue hecha "en el patio espacioso del templo de San Francisco, con el cual limitaban las dos piezas ciegas compradas al referido señor doctor Rivera..."

c).—Que el mismo doctor Saavedra reconoció también por la escritura 294, de 3 de octubre de 1912, que parte de la casa cural se halla construída "sobre suelo de propiedad de la Orden Tercera de San Francisco".

ch).—Que al adjudicarse el inmueble a María Josefa Saavedra de Jaramillo, en la sucesión del doctor Saavedra, se dijo expresamente que el objeto de la adjudicación fue lo adquirido por dicho doctor mediante la escritura 294 de 3 de octubre de 1912, escritura en la cual se hizo constar, como ya se ha observado, que parte de la casa cural, adquirida por el doctor Saavedra, está levantada sobre suelo de propiedad de la Orden Tercera.

d).—Que ni la demandada Saavedra de Jaramillo ni su causante el doctor Saavedra han tenido jamás título de propiedad sobre el suelo en que fueron edificadas algunas de las piezas de la casa cural.

e).—Que la causahabiente Saavedra de Jaramillo y su causante doctor Saavedra han ocupado esa parte de terreno reconociendo dominio a la Orden Tercera, pues el memorial, la escritura y la diligencia de partición no dejan duda sobre ese reconocimiento.

CAPITULO IX

La Venerable Orden ha presentado la escritura Nº 656 de 1º de julio de 1927, por la cual fueron protocolizadas unas copias de los siguientes documentos:

1º—Memorial en que Joaquín Peña, ministro de la Venerable Orden, pide al Muy Ilustre Cuerpo Municipal, se digne mandar se le dé "un duplicado testimonio de la aplicación que a solicitud de Usía, se dignó hacerle el gobierno a la Venerable Orden Tercera de la Iglesia arruinada que fue de los ex-jesuítas, para que la reedificasen en beneficio espiritual del vecindario y de las diligencias con que la aceptó haciéndose de ella cargo, como que existen en la secretaría de Usía...".

2º—Decreto fechado el 3 de julio de 1823, por el cual la Sala Capitular de Buga ordena al secretario que confiera los testimonios que se piden.

3º—Notificación que a Joaquín de Peña se le hizo del decreto a que se alude en la letra anterior.

4º—Oficio de Vallesilla, fechado en Ipiales el 20 de junio de 1810, dirigido al gobernador, en el cual dice que puede hacerse desde luego como se propone en este informe del cabildo de Buga, si la Orden Tercera se allana a ello, y que no siendo así y en el caso de no haber otros arbitrios será de ocurrirse a la superioridad de su excelencia para que permita se haga el gasto de la renta de propios, como a quien corresponde (no aparece el informe del cabildo, a que alude Vallecilla).

5º—Resolución del gobernador Tacón, fechada en Ipiales el 20 de junio de 1810, en que dice conformarse con el anterior dictamen, "en cuanto a que se verifique la entrega que propone el Ilustre Cabildo, a la Venerable Orden Tercera; pero en caso de no allanarse ésta, y siendo de executiva la reparación del edificio, según también lo afirma el director; hágase desde luego la obra indispensable a costa de los propios, para precaver las consecuencias, y mayores gastos que serían consiguientes a la perjudicial inacción que aconseja el señor asesor, mientras se consultaba al excelentísimo se-

ñor Virrey, pues este discernimiento en nada se opone a su superior autoridad...". (No hay dato de que se hubiera consultado al Virrey y de que éste hubiera dado su aprobación).

6º—Decreto de la Sala Capitular de Buga, fechado el 17 de julio de 1810, en que se ordena pasar a la Venerable Orden copia de la providencia dictada por el gobernador Tacón, "para que exponiendo en forma lo que estime conveniente a su derecho, se resuelva lo que haya lugar, para el cumplimiento de la alternativa de extremos que abraza, con la brevedad que exigen las circunstancias de urgencia en el particular".

7º—Nota de Juan Emigdio Gil de Tejadas, fechada en Buga el 18 de julio de 1810, que dice así: "En consideración a los buenos oficios, que anteriormente ha practicado, la Venerable Orden Tercera, y de lo que en su consecuencia representó este muy Ilustre Cabildo al señor Gobernador de la provincia se dignó librar la providencia, que en testimonio, y por medio de su actual ministro acompaño a Vuesas Caridades, para que dispongan recibir la iglesia que fue de los ex-jesuítas, que por ella se le manda entregar, de la que espero inmediatamente la correspondencia para acreditar como presidente del ilustre cabildo, el cumplimiento que en ella se encarga".

8º—Oficio de la Venerable Orden Tercera, fechado el 23 de julio de 1810, que dice así: "La providencia asesorada que ustedes acompañan por disposición del Muy Ilustre Cabildo con oficio de diez y ocho del corriente de la advertida, a esta Venerable Orden de la entrega que el señor Gobernador manda se le haga, de la iglesia que fue de los ex-jesuítas expatriados. Desde luego se hace cargo en propiedad (se subraya) y redificará con los intereses que le pertenecen a este efecto, para el exercicio de sus funciones, en mayor honra y gloria del Señor; pero antes de tomar mano en la obra se hace indispensable la práctica de una diligencia formal, en que se conozca el estado ruinoso con que se le entroga, y al mismo tiempo lo que puedan valer los materiales que estén en estado de aprovecharse, por lo que pueda importar con el tiempo; esto que es, lo que ha acordado esta Venerable Orden lo participa a Ud., en satisfacción de su estado oficio, para que por su medio, disponga el Muy Ilustre Cabildo la expuesta solicitud, sin pérdida de tiempo, para aprovechar el presente verano, y que se pasen las diligencias originales a esta Venerable Orden para su resguardo".

9º—Decreto de la Sala Capitular de Buga, fechado el 24 de julio de 1810, en que se diputa al alcalde para que nombre un inteligente que en unión del que designe la Venerable Orden, justiprecie la obra y materiales, por ser esta diligencia conveniente para cualquier evento, "y contéstesele por el mismo conducto con inserción de esta providencia para su execusión y entrega con la brevedad que exige el estado ruinoso de la iglesia para su pronto reparo dándose cuenta al señor gobernador de la provincia con testimonio de las diligencias que se obrasen".

10º—Nombramiento de los dos peritos avaluadores.

11º—Juramento y posesión de los peritos.

12º—Exposición pericial fechada el 26 de julio de 1810, en la cual se lee, entre otras cosas, lo siguiente: "primeramente reconocimos, el terreno de solar donde está fundada esta iglesia, con su patio interior, y plazuela exterior el que medimos y hallamos que desde la esquina de la calle que hace el poniente, corrido para arriva al oriente hasta donde termina la Capilla Mayor, contiene de largo sinquenta y quatro varas; y por la parte que corre desde la misma esquina para la plaza mayor hasta terminar con la posesión que fue de don Miguel Ramos, contiene treinta y tres varas por ancho; a lo qual con consideración al citio, y a lo vasio de servicio que está y ha de estar, lo que ocupe la pluazuela esterior, le damos el precio de quatrocientos patacones..... 400".

13º—Diligencia de entrega, fechada en Buga el 1º de agosto de 1810, en la cual se lee que en este día "se le entregó a don Domingo de San Clemente, como ministro de la Venerable Orden Tercera, de esta ciudad, el edificio de la iglesia conforme a lo que se tiene valuado y consta de las anteriores diligencias, y habiéndose hecho cargo de todo lo firma para que conste de recibo y de ello doy fe".

14º—Una nota fechada en Buga el 1º de agosto de 1827, que dice así: "Se sacó testimonio de estas diligencias de aplicación a la Venerable Orden Tercera de la iglesia que fue de los ex-jesuítas en papel del sello cuarto por mandamiento de su venerable junta que consta de acta de 24 de julio anterior a que me remito...".

15º—Una nota fechada en Buga el 20 de julio de 1826, que dice así: "Es copia fielmente sacada de sus originales en los que queda puesta la nota del papel y fecha en que se confiere ésta, y otra compulsada más, por mandamiento judicial del Muy Ilustre

Cabildo de esta ciudad con las que se hallan conformes y existentes en el libro capitular del año pasado de ochocientos diez a que me remito; y en su cumplimiento la certifico y firmo en la secretaría del Muy Ilustre Cabildo de Buga".

CAPITULO X

Un siglo después de expedida la copia de los documentos a que se alude en el capítulo anterior, la Venerable Orden Tercera, representada por su ministro, la llevó a la protocolización, y fue protocolada por escritura Nº 656, de 1º de julio de 1927, otorgada en la notaría 1ª de Buga. El 5 de julio siguiente dicho notario expidió copia de esa copia protocolizada. La expedida por el notario fue registrada tres días después, en los libros 1º y 2º, por el registrador del circuito de Buga. La copia notarial así registrada es el documento que ha venido a los autos.

Sostiene el tribunal que la copia expedida por el notario de Buga no puede aceptarse como título suficiente para reivindicar, y observa que el original del decreto dictado por el gobernador Tacón reposa en el archivo de Ipiales, de modo que en cuanto a este documento se trata de una tercera copia.

A su turno afirma el recurrente que el sentenciador incurrió en error de hecho evidente al apreciar la copia expedida por el secretario del cabildo de Buga, con fecha 12 de julio de 1826, y que como consecuencia de ese error violó los artículos 1758 y 2606 del código civil, el primero por interpretación errónea y el último por aplicación indebida.

CAPITULO XI

En sentencia fechada el 15 de diciembre de 1897 ("Gaceta Judicial" Nº 650), dijo la corte:

"Asimismo es improcedente el motivo que se funda en no haberse expedido la copia del testamento en cuestión por el notario de Chocontá, que custodia el original, sino por el de Zipaquirá, en cuya oficina está protocolizado el juicio de sucesión por causa de muerte de Ramón Castro, porque haciendo parte del protocolo del último notario el expediente dicho, es indudable que éste ha podido expedir a los interesados copia de todo o parte de las piezas que constituyen el juicio mortuorio, tanto más cuanto que conforme al artículo 2607 del código civil deben insertarse en el protocolo las actas de partición de bienes, de los inventarios y demás antecedentes que sean necesarios para su inteligencia, tan luégo como hayan obtenido la aprobación judicial, de donde se infiere que no hay necesidad de que se vaya a buscar cada documento de los que forman un expediente mortuorio protocolizado a la oficina donde debe estar el original, porque en este caso la protocolización no tendría objeto".

En sentencia fechada el 26 de mayo de 1914, ("Gaceta Judicial", Nos. 1217 y 1218), dijo la corte con apoyo en el antiguo derecho español:

"Se ha tachado la dicha escritura por no haberse presentado en copia expedida por el notario encargado de custodiar el protocolo endonde debe hallarse la matriz, sino por el notario 2º del circuito de Bogotá, en cuya oficina fue protocolizado el testimonio original o la copia autorizada por el mismo juez parroquial de Fosca. Fúndase tal objeción en lo que dispone el artículo 686 del código judicial, según el cual, "los documentos auténticos se expedirán en copia autorizada, bajo la responsabilidad de los funcionarios encargados de la custodia de los originales". Dícese que siendo original la matriz que debía hallarse en 1852 en el juzgado parroquial de Fosca, sólo aquél o el funcionario a quien se hubiera pasado para su custodia en el protocolo correspondiente, podía expedir copia de tal escritura. Esto no es exacto. La copia que se protocolizó en la notaría 2ª de Bogotá es el testimonio de aquella escritura expedida por el mismo juez parroquial de Fosca, y en la cual se halla la correspondiente nota de registro. Ese testimonio puede llamarse, y se llama, el original de la escritura, y fue el que quedó encargado de custodiar en su protocolo el notario 2º de Bogotá... Y con arreglo al inciso 2º del artículo 2606 del código civil, ese testimonio quedó con la fuerza que originariamente tenía, pues el objeto de la medida fue sólo la seguridad y custodia del documento protocolado. Si el notario encargado de la custodia no pudiera expedir copias que tuvieran la misma fuerza que originariamente tenía tal documento, la protocolización lo inutilizaría y no tendría, por lo mismo, objeto... Y no habiéndose objetado de falsa tal escritura, su copia expedida por un notario competente ha debido, y debe tenerse, como prueba plena de aquel contrato de compraventa, con arreglo a los artículos 681, 684 y 687 del código judicial".

En sentencia fechada el 13 de agosto de 1931 ("Gaceta Judicial" Nº 1881), dijo la corte:

"Con arreglo al artículo 1072 del código judicial, la copia de la diligencia de remate

de un bien raíz se equipara a una escritura pública y constituye suficiente título de propiedad a favor del rematador. Por consiguiente, esa copia es llevada a la protocolización, en virtud del derecho que a los interesados les conceden los artículos 2606 y 2607 del código civil, y el notario compulsa una copia de ella, la nueva copia se refiere, en rigor, a una escritura, pues de lo contrario, la susodicha equiparación no produciría completo efecto. Cierto es que por la protocolización no adquiere el documento protocolado mayor fuerza de la que originalmente tenga; pero como la copia judicialmente expedida de una diligencia de remate se reputa ante la ley como una escritura pública, es decir, posee fuerza de tál, la copia que a su turno dé el notario, una vez hecha la protocolización, ha de mirarse como de escritura pública original. De conformidad con el artículo 686 del código judicial, los documentos auténticos se expedirán en copia autorizada, bajo la responsabilidad de los funcionarios encargados de la custodia de los originales; mas de ello no se deduce que sea inválida la copia notarial aquí controvertida. Esto porque si, merced a una disposición legal expresa, la copia judicial del remate vale como escritura y puede ser incorporada en el protocolo, merced también a otra disposición de la ley, la copia que luégo expida el notario es de una escritura original, por obra de aquella ficción jurídica. Sería dable admitir que en el particular se contempla una excepción a la regla del mencionado artículo 686. Síguese de lo expuesto que el sentenciador no incurrió en error de derecho al apreciar como prueba la copia notarial de la diligencia de remate, que impugna el recurrente, y, consecuencialmente, que tampoco quebrantó el artículo 686 del código judicial, ni mucho menos el 1072 ibídem. El cargo, pues, no procede".

Haciendo una sola de las tres doctrinas expuestas por la corte en 1897, 1914 y 1931, puede resumirse así su pensamiento: carecería de objeto protocolizar las actas de partición de bienes con sus necesarios antecedentes, como lo prescribe el artículo 2607 del código civil, si el notario en cuya oficina está protocolizado el juicio no pudiera expedir copia fidedigna de cualquiera de los documentos que lo integran, inclusive de los otorgados en otra notaría; también carecería de objeto protocolar el testimonio expedido por el mismo juez que custodiaba la matriz de una escritura en 1852, testimonio que puede llamarse el original de dicha escritura, si no constituyera plena prueba la copia dada por el notario ante quien se hizo la protocolización, ya que dicho original conserva su fuerza primitiva según el artículo 2606, inciso 2º, del código citado; no hay necesidad de aducir los anteriores motivos generales cuando se aprecia la copia de una diligencia de remate compulsada por el notario que la protocoló, porque habiendo el artículo 1072 del código judicial anterior equiparado ese documento a una escritura pública, el traslado que a su turno haga el notario ha de mirarse como de un original.

El antiguo derecho español enseñaba que el instrumento público se divide en tres clases:

1ª—Protocolo o registro o matriz;
2ª—Copia original;
3ª—Traslado o trasunto o ejemplar.

Protocolo o registro o matriz, es la misma escritura primera firmada por los otorgantes y el escribano. Llámase **protocolo**, por ser la principal; **registro**, porque queda en el oficio del escribano para que con ella se cotejen los traslados; **matriz**, porque es la fuente de donde se sacan las copias que se pidan.

Copia original es la primera copia que literal y fielmente se saca de la matriz por el mismo escribado que la hizo y autorizó. Se llama así porque es el origen de todos los ejemplares y porque va suscrita por el mismo funcionario que hizo el protocolo. Faltando uno de estos requisitos ya no es **copia original**.

Traslado o trasunto o ejemplar (que vulgarmente se llama testimonio por concuerda) es el que se saca de la copia original o de la que hace sus veces, aunque no sea la primera. Puede autorizarse por el mismo escribano ante quien se hizo el otorgamiento, o por otro a quien se exhibe o presenta al efecto el instrumento original.

Esta antigua clasificación española está recibida en Chile.

En la doctrina chilena se consideran la **matriz**, la **primera copia u original** y las **segundas copias**. La **matriz** es la que está escrita en el protocolo o registro del notario. La **primera copia u original** es la que se saca literal y fielmente de la escritura **matriz**, o sea del protocolo o registro, por el mismo notario ante quien se otorgó el instrumento. Pueden darse tantas primeras copias cuantas sean las personas obligadas en el instrumento. Se dirá que esto es paradojal; pero la expresión "primera copia u original" no tiene la acepción de que sea la primera con relación a la segunda. La jurisprudencia de Chile así lo ha establecido. La segunda copia

o traslado, es la que se da posteriormente a cualquiera persona por el notario autorizante de la matriz, por quien le suceda en el cargo, o por el archivero, a quien pasan los protocolos corrido cierto tiempo.

En Chile la segunda copia tiene valor probatorio, con arreglo al artículo 331 del código de procedimiento civil, aunque se obtenga sin los requisitos que las leyes prescriben para que haga fe, cuando no es objetada como inexacta dentro de cierto término. No así en Colombia: endonde los trasuntos de piezas que se hallen en los competentes archivos oficiales deben llegar al juicio autorizados por los secretarios o empleados a quienes toca la custodia de los originales; en donde aun los documentos públicos auténticos han de cotejarse con sus originales; endonde aun los documentos públicorresponde probar su falsedad, los redarguye de falsos; endonde los traslados de documentos procedentes de funcionarios públicos hacen plena prueba si fueron expedidos formalmente con la autorización de quienes custodian los archivos, según los artículos 681 del antiguo código y 632 del nuevo, y, por fin, endonde los jueces estudian de oficio si las pruebas fueron bien rendidas (art. 1758 del C. C.).

La legislación francesa, siguiendo a los jurisconsultos ingleses, para quienes debe recurrirse siempre al mejor medio de prueba de que sea susceptible un asunto, se funda en que el testimonio directo debe ser siempre preferible al testimonio indirecto y en que la prueba se debilita a medida que se aleja de su fuente; así trae en sus artículos 1334, 1335 y 1336 varias restricciones sobre expedición de copias y sobre el valor que merecen. Unicamente los originales hacen fe. Empero, algunas copias tienen su misma eficacia: los primeros trasuntos y también las actas del escribano de actuación (exploits d'huissier). Si el original no existe, los traslados pueden servir de prueba completa o de principio de prueba por escrito. Pero las copias de copias no tienen una fuerza probatoria determinada. Serán indicios, noticias o reseñas.

En la doctrina francesa se reciben como aforismos ciertas nociones sobre pruebas un poco diferentes de las contenidas en el antiguo derecho español, en el chileno y en el colombiano.

De los actos enumerados en el capítulo IX de este fallo se toman únicamente, por la razón que luégo habrá de expresarse, los distinguidos con los ordinales 7º, 8º y 13º, o sea: oficio en que Gil de Tejadas, presidente del Muy Ilustre Cabildo y alcalde ordinario de primer voto, dice a la Venerable Orden que se disponga a recibir la iglesia cuya entrega mandó el gobernador; nota en que la Orden manifiesta hacerse cargo en propiedad de dicho bién; diligencia fechada el 1º de agosto de 1810, en la cual consta fue entregado el edificio de la iglesia. El último de estos tres actos, especialmente si se le relaciona con los dos primeros, indica que la Orden empezó a poseer en nombre propio.

Por la protocolización no adquirieron dichas piezas mayor fuerza y firmeza de la originaria, pero esa medida tampoco las hizo menos fuertes o menos firmes, pues lo fue apenas de seguridad y custodia. En la notaría continuaron siendo lo que eran: prueba escrita del principio de una posesión. Dada la época remota en que fueron redactadas, le interesaba a la Venerable Orden llevarlas al protocolo. Que emanen de autores ciertos, que correspondan a las personas a quienes se atribuyen y que acrediten hechos realmente sucedidos, son puntos no puestos en duda por la parte demandada. Esta se reduce a negarles fuerza probatoria por ser copias de copias.

Respecto de los escritos que se ponen bajo la custodia del notario, deposita la ley su confianza. Corresponde la vigilante guarda de todos los protocolizados. Esta función suya, unida a su carácter de depositario de la fe pública, lo autoriza para expedir copia de la copia incorporada en el protocolo. Su colocación allí no la vigoriza ni la debilita. Qué vale la copia notarial de una copia protocolizada? Esta pregunta no puede ser absuelta a priori. Ello depende del contenido de la copia protocolada. En multitud de ocasiones carecerá de todo valor, como si reproduce documentos que deben llegar originales al proceso, o documentos cuyo trasunto ha de ser expedido formalmente y autorizado por quien guarda los archivos, o documentos cuya saca debe hacerse por otro competente funcionario, etc., etc. Pero valdrá en algunos casos, como cuando la copia incorporada en el protocolo se refiere a un hecho cuyo cumplimiento puede establecerse por cualesquiera pruebas —documentales, personales, materiales— y no sólo valiéndose de la escrita reproducida en determinada forma y por determinado funcionario.

Trátase de probar que la Venerable Orden entró a poseer desde el 1º de agosto de 1810.

La copia notarial de la copia protocolizada endonde consta ese principio de posesión, es bastante para demostrar que se empezó a poseer hace más de un siglo. Y si se em-

pezó a poseer, presúmese que la posesión ha continuado. Así lo prescribe el artículo 780 del código civil, que el 584 del judicial antiguo aplicaba diciendo cómo si alguno probare haber sido poseedor en cierto tiempo, y sostiene hallarse aún en esa posesión, la ley presume que dice verdad, hasta que quien se la disputa pruebe lo contrario.

Primero la parroquia de Buga, el doctor Saavedra después, y por último la señora Saavedra de Jaramillo, han ocupado el suelo cuyo recobro solicita la Venerable Orden. Pero ocupándolo no han ejercido posesión sino mera tenencia, porque resulta claro el reconocimiento de dominio ajeno, como lo previene el artículo 775 del código civil, reconocimiento que se comprueba con estos antecedentes:

a).—Escritura Nº 16 de 18 de enero de 1897, por la cual Rivera González vendió al doctor Saavedra, para casa cural, las dos tiendas ciegas, escritura endonde consta que éstas limitan por el oriente con el corredor interior del edificio de la Orden Tercera;

b).—Resolución del gobierno eclesiástico de Popayán, fechada el 3 de julio de 1898, por la cual se autoriza al señor cura de Buga, doctor Saavedra, para que edifique la casa parroquial en el solar de San Francisco, independizándola completamente del templo;

c).—Memorial dirigido por el doctor Saavedra al señor arzobispo de Popayán, el 8 de abril de 1902, endonde manifiesta que la casa cural fue ampliada por el memorialista, construyendo varias piezas "en el patio espacioso del templo de San Francisco" o "en terreno de la iglesia de San Francisco";

ch).—Resolución del gobierno eclesiástico de Popayán, fechada el 25 de abril de 1902, endonde dice que el doctor Saavedra edificó en el patio de la iglesia de San Francisco, y que a la Parroquia le pertenecen las dos tiendas ciegas y lo edificado por dicho doctor;

d).—Escritura Nº 331 de 18 de diciembre de 1902, por la cual hizo la Parroquia de Buga dación en pago de un inmueble al doctor Saavedra, escritura en donde constan el crecimiento y mejoras de la casa cural y endonde las partes incurrieron en el error jurídico de considerar que la nueva edificación accedió a dicha casa según el artículo 739 del código civil, y no al suelo endonde fue levantada;

e).—Escritura Nº 294 de 3 de octubre de 1912, por la cual la Parroquia de Buga vendió al doctor Saavedra la casa cural, escritura en donde consta que parte del edificio se halla construída sobre suelo de propiedad de la Orden Tercera, lo que motivó una deducción en el precio por $ 200.00, como valor del suelo de la expresada Orden;

f).—Diligencia de inventarios y avalúos en la sucesión del doctor Saavedra, fechada el 27 de marzo de 1922, diligencia endonde consta que Francisco Felipe Jaramillo, albacea con tenencia de bienes y esposo de la demandada, relató así el inmueble de que se trata: "Una casa compuesta de varias piezas o cuartos propios para habitación, edificio construído de adobe y ladrillo y techo de tejas de barro, en buen estado, levantado parte en suelo propio y parte en suelo o planta de la pertenencia de la Orden Tercera de San Francisco hacia los costados oriente y sur del edificio...". En la misma diligencia se lee: "Los peritos avaluaron este inmueble en tres mil pesos, en atención a que según el título (se alude a la escritura 294 de 3 de octubre de 1912), parte de la planta puede ser litigiosa —$ 3.000.00", y

g).—La hijuela hecha a la señora Saavedra de Jaramillo en la sucesión del doctor Saavedra, hijuela endonde se hace constar que el dominio de la casa adjudicada fue adquirido por el finado causante mediante la escritura 294, de que se ha hecho mérito. La sucesión del doctor Saavedra terminó por sentencia aprobatoria fechada el 6 de julio de 1922, y el juicio fue protocolizado en la notaría 1ª de Buga, por la escritura 296 de 14 de los mismos mes y año.

Los enumerados antecedentes, a la par que demuestran el reconocimiento de ajeno dominio, corroboran la presunción legal de continuidad a través del tiempo. También es prueba indirecta corroborante de lo mismo, la escritura 276 de 6 de octubre de 1891, endonde se alude a que las dos tiendas pertenecieron a la Venerable Orden.

Se tiene, pues, que la persona demandante es poseedora, y por lo mismo presunta dueña, del suelo en que fueron edicadas unas piezas de la casa perteneciente a la reo, a tiempo que esta última, aunque dueña de esa casa, no es sino tenedora del resto del suelo endonde fue levantada la nueva edificación.

Dícese "poseedora, y por lo mismo presunta dueña", porque la presunción consagrada por el artículo 762, en su inciso 2º, del código civil, tanto favorece al poseedor demandado como al poseedor demandante. Establece en términos generales, no sólo para los efectos del juicio reivindicatorio sino también para todos los de la posesión, que el poseedor es repulado dueño mientras otra persona no justifique serlo. La posesión es un hecho que proporciona ventajas jurídi-

cas. Ordinariamente no se hacen resaltar sino las que aprovechan al poseedor demandado, como la de no sufrir el peso de la prueba y como la de estar en vía de hacerse dueño por prescripción. Pero también existen las que protegen al poseedor demandante; como la misma de usucapir; como la de iniciar acciones posesorias; como la de promover, si es regular, la publiciana, etc. etc. El molestado en la posesión de la cosa o el despojado de ella, tiene en la presunción del artículo 762 un medio fácil de que se respete su derecho. No necesita probar dominio sino posesión. Protegiéndose ésta se protege la propiedad presunta.

Hánse tomado solamente, según fue advertido ya, las piezas relativas al principio de la posesión, porque presumiéndose la continuidad de ésta y siendo la actual signo de dominio, ninguna otra prueba requería la Venerable Orden para obtener el recobro de lo ocupado por el edificio. Tanto menos cuanto los antecesores de la demandada, con razón o sin ella, aceptaron que la demandante es dueña del suelo en que fue hecha la construcción (escritura N° 294 de 1912).

Es principio general en derecho el de que lo accesorio sigue a lo principal. El artículo 673 lo reconoce diciendo que la accesión es un modo de adquirir por el cual el dueño de una cosa pasa a serlo de lo que ella produce, o de lo que se junta a ella. La cosa producida o incorporada es accesoria con respecto a la principal, y el dueño de ésta adquiere la propiedad de aquélla. La accesión se deriva de un dominio anterior. Pero como por ella se adquiere algo que antes no existía en el patrimonio del propietario, el derecho civil la contempla entre los modos de adquirir. Hay accesión de frutos, o sea de lo que una cosa produce, y accesión porque una cosa se junte a otra. Esta unión puede ser de un inmueble a otro inmueble, como en el aluvión; de un mueble a otro mueble, como en la adjunción; de un mueble a un inmueble, como en la edificación. Cuando hay producción se denomina discontinua. Cuando hay unión se denomina continua. Esta última es natural cuando se realiza sin la intervención del hombre, y artificial o industrial cuando resulta de la actividad humana.

Acceden las cosas muebles a las inmuebles por plantación, siembra o edificación. Efectúase la accesión en esta última forma, la que interesa estudiar en este juicio, construyendo sobre suelo propio con materiales ajenos o sobre suelo de otro con materiales no pertenecientes al señor de la tierra. Cuando uno construye en suelo extraño con cosas suyas o de tercera persona, el dueño de la finca pasa a serlo de lo que se junta a ella. Aplícase el principio dominante en dicho modo de adquirir; el edificio y el fundo constituyen una sola entidad; aquél es lo accesorio y éste es lo principal. De buena o de mala fe el edificador, debe perder el dominio de los materiales mediante ciertas indemnizaciones fundadas en el principio de que nadie puede enriquecerse sin causa a expensas de otro, a menos que el dueño del fundo prefiera obligarlo a pagar el justo precio del terreno con los intereses legales por todo el tiempo que lo haya tenido en su poder.

El código civil prevé dos casos en punto de edificación sobre suelo ajeno: el de que el propietario no supiera que se edificaba en su heredad y el de que la obra fuese construída a ciencia y paciencia del propietario. En el primer caso, el dueño del terreno tendrá derecho a hacer suyo el edificio mediante ciertas indemnizaciones, o de obligar al que edificó a pagarle el justo precio del terreno con los intereses legales por todo el tiempo que lo haya tenido en su poder. En el segundo caso, no puede recobrar el terreno sino pagando el valor del edificio. Entonces no se averigua cómo ha sido la fe del constructor. Hecho el trabajo a sabiendas del dueño y sin protesta suya, entiéndese que lo aceptó. Si ha dejado hacer, no tiene la opción consagrada por el artículo 739, en su inciso 1°. Dijo el rey sabio: "El que se dexa engañar entendiéndolo se non puede querellar como ome engañado", principio que, si bien restringido en muchas aplicaciones, procede en este caso. No teniendo esa opción el propietario del suelo que se halla en las circunstancias previstas por el inciso 2° del citado artículo, se hace de pleno derecho dueño del edificio. Quiéralo o no lo quiera, el modo de la accesión opera por ministerio de la ley.

Cuando el dueño de una cosa singular en que otro edificó dentro de las circunstancias previstas en el citado inciso 2°, ha perdido la posesión de esa cosa, tiene acción reivindicatoria para obtener que el poseedor le restituya el suelo y el edificio, pagándole el valor del último. Vencido el poseedor, restituye el terreno y lo allí edificado, después que se le pague el valor del edificio. Esto cabe dentro del sistema de las prestaciones mutuas.

Pero cuando el dueño de una cosa singular en que otro edificó dentro de las circunstancias previstas en el citado inciso 2°, no ha perdido la posesión de esa cosa, como es el caso de autos, su acción no es ya de dominio puesto que el edificador lo reconoce dueño del suelo y por lo mismo del edifi-

cio que a éste accedió. Su acción es simplemente de recobro, para que el ocupante, mero tenedor de la cosa o si quiere simple retenedor de la misma, sea obligado a restituírsela, en lo principal y en lo accesorio, después que se le pague el valor del edificio. La tenencia material y el derecho de retener no han conferido al edificador la posesión del terreno.

En las dos situaciones contempladas, habiéndose edificado a ciencia y paciencia del poseedor, su tácito consentimiento le creó una obligación indiscutiblemente justa: sufragar el valor del edificio.

Si el edificador reconoció a la Venerable Orden como dueña del suelo; si los antecesores de la demandada admitieron allí dominio ajeno; si aquélla es poseedora, o sea presunta propietaria, y si es presumible que el edificio fuese hecho a ciencia y paciencia de ella, porque así ha de interpretarse su silencio en largos años, debido quizá al carácter de la obra y al permiso del gobierno eclesiástico; si todo esto es verdadero, fluyen lógicamente varias consecuencias: la acción, pese al texto del libelo inicial, no fue reivindicatoria sino de simple recobro; a la actora no hay para qué exigirle título de propiedad sino posesión presuntiva de dominio; no se ha procedido contra un poseedor sino contra un mero tenedor o retenedor; no debió pedirse la declaración de propiedad sino apenas la de restitución, el dueño del suelo no adquiere el dominio del edificio por el pago de su valor ni por virtud de un fallo condenatorio, sino desde que la accesión operó en su beneficio de pleno derecho; el tribunal no podía declarar prescrito el dominio del suelo sino reconocer que la Orden poseedora conservó su posesión aunque perdiera la tenencia; el constructor, cuya derechohabiente se da ahora por dueña, no adquirió ese suelo sino que lo tomó pero no con el ánimo de hacerlo suyo.

CAPITULO XII

El tribunal reconoce que si acaso la Venerable Orden es dueña del suelo, no tiene ella otros derechos que los reconocidos por el artículo 739 del código civil, pero no aplica él esta disposición suya porque en su concepto la demandante carece de título y acción para reivindicar. El recurrente, dentro de la idea de reivindicación, cita como violado dicho artículo 739, en su inciso 1º. Cree la corte que aunque este juicio no es reivindicatorio y aunque el inciso violado fue el 2º y no el 1º, la causal aparece justificada porque a pesar de las consideraciones que la sustentan no hay duda de que el precepto legal fue bien traído en casación como fue bien planteado el problema en cuanto se vio allí un asunto de accesión. Se admite.

Dice el tribunal ser piedra angular de la acción reivindicatoria el aserto contenido en el hecho 1º de la demanda, consistente en que se hizo a la Orden entrega de cierto bien, que ha venido poseyendo. Como se trata de un juicio de recobro, el tribunal debió reconocerle su importancia al comienzo de la posesión. Pero no se la reconoció ni dijo que ese comienzo resultara establecido con la copia notarial de la copia protocolizada cuyo contenido fue la entrega del bien. Negando valor a tal copia de copia, eficaz para demostrar un hecho comprobable por cualesquiera medios, infringió los artículos 1758 y 2606 del código civil, por errónea interpretación; y el 762, en su inciso 2º, por no haberlo aplicado, debido a que no apreció el valor de la presunción de dominio emanada de la prueba de posesión. Se admite.

Niega el tribunal que la Venerable Orden hubiera poseído el inmueble y acepta que la demandada lo posee con justo título y lo ha adquirido por prescripción ordinaria. Aquella negativa y esta aceptación proceden de no haber apreciado o de haber apreciado mal la diligencia de inventarios en la sucesión del doctor Saavedra, la escritura 294, la diligencia de entrega y los documentos protocolizados por medio de la escritura 3 de 1903, o sea los señalados con las letras b, c, y ch del capítulo anterior. Por todo lo cual quebrantó los artículos 762 y 780 del código civil. Se admite.

CAPITULO XIII

A lo largo del juicio, desde la contestación de la demanda hasta que el negocio entró a despacho para sentencia de segunda instancia, sostuvo la reo, con su firma y con la de su esposo, que ella adquirió por herencia del doctor Saavedra el suelo y la edificación allí levantada; habló además de sus títulos de poseedora y alegó en su favor la calidad de prescribiente. Sólo en vísperas de ser fallado el negocio por el tribunal, cuando ya en sala se discutía el proyecto de sentencia, propuso dicha señora la nulidad del juicio presentando una hijuela en donde consta que su marido fue también adjudicatario en el inmueble. Como se ve, la demandada no solamente se abstuvo de expresar que apenas era dueña de una cuota en la cosa común, sino que con la intervención de su condueño en parte del inmueble y de su cotenedor en la otra parte y en las nuevas piezas allí edificadas, se presentó como única ocupante de

la cosa. Tal conducta la hace responsable de la cosa (artículo 214 del C. J.). Con razón tanto mayor cuanto este procedimiento tuvo el asenso tácito de la otra persona interesada en el asunto. El hecho de haber otro interesado no será, pues, óbice para que se ordene a la mujer la restitución del todo, juntamente con su cuota en los frutos del suelo, y se deje a salvo el derecho del marido para cobrar a la Venerable Orden la cuota que proporcionalmente le corresponda en el valor del edificio y a esta Orden el derecho de cobrar a aquél su cuota en los frutos del mismo suelo.

Considérase a la señora como tenedora de buena fe del suelo objeto del recobro. Con ese carácter pagará los frutos en la medida que le corresponda según el capítulo del código civil sobre prestaciones mutuas. Pero con la advertencia de que en cuanto a las nuevas piezas, como mejoras útiles que son, no se aplicará el artículo 966 del código, como lo dice el fallo de primera instancia, sino el 739, en su inciso 2º No pagará frutos por goce del edificio debido a que la ocupante estaba y está en el derecho de retenerlo hasta que se le pague la cuota que le corresponda en su valor, ya que por su parte la Orden ha gozado de ese valor aún no pagado por ella. En los linderos del suelo y del edificio que han de ser restituídos, se acoge el cambio hecho en la inspección ocular y se rectifica un error de fecha en que se incurrió allí al consignarlos.

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 :

Cásase la sentencia de segunda instancia, revócase la de primera, y en lugar de ésta se resuelve:

1º—La señora María Josefa Saavedra de Jaramillo restituirá a la Venerable Orden Tercera de San Francisco el edificio de techo de teja, con su respectiva planta y solar ocupados por dicha señora, ubicados en la ciudad de Buga y comprendidos por estos linderos: "al norte, casa de la señora Ana Jesús Calero v. de Lora, hoy de sus herederos; sur, corredor interior de la iglesia de San Francisco; oriente, con lote o solar perteneciente — según se dice — a la misma iglesia de San Francisco; y occidente, con el edificio no litigioso, de que habla la escritura Nº 16 de 18 de enero de 1897, otorgada en la notaría de Buga".

2º—La señora Saavedra de Jaramillo, como tenedora de buena fe, pagará a la Venerable Orden Tercera, los frutos del suelo que debe restituir, pero únicamente en proporción a la cuota que le correspondió como adjudicataria en la sucesión del doctor Víctor Saavedra.

3º—Para que la Venerable Orden pueda obtener la restitución dicha, debe pagar a la señora Saavedra de Jaramillo la parte que a ésta le corresponda en el valor del edificio, habida consideración de la cuota que le fue adjudicada como heredera del doctor Saavedra, valor que será el pericial a la época de la restitución.

4º—Quedan a salvo el derecho del señor Francisco Felipe Jaramillo contra la Venerable Orden y el de ésta contra aquél, derechos a que se ha aludido en la parte motiva de este fallo, pero con la advertencia de que esta salvedad no otorga a dicho señor la facultad de retener la cosa mientras se definen tales relaciones.

5º—No están probadas las excepciones perentorias propuestas por la demandada.

6º—No se hace la declaración de dominio solicitada por la demandante.

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, Rodrigo Jiménez Mejía, Miguel Moreno J., Juan Francisco Mújica, Pedro León Rincón, srio. en ppdd.

RECURSO DE SUPLICA RESUELTO EN EL JUICIO DE REVISION CIVIL INTENTADO POR LA SRA. PETRONILA MEJIA DE ACOSTA

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil. Bogotá, siete de abril de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza).

Contra el auto de veintinueve de septiembre último dictado por el Magistrado doctor Mújica, sustanciador, en el recurso de revisión de que pasa a hablarse, se interpuso y aquí se decide el de súplica.

Es el caso que en juicio ordinario se decidió en segunda instancia por el Tribunal Superior de Medellín en sentencia no casada por la Corte, según la de esta Corporación de 26 de septiembre de 1933, que es nulo el testamento bajo el cual aparecía haber fallecido el señor Félix A. Garcés y que su heredero ab intestato es la señora Teodosia Garcés como su tía legítima, o sus subrogatarios, por lo cual quedó vencida en ese litigio la señora Petronila Mejía de Acosta, quien sostenía ser tal heredero como hermana del de cujus. En ese juicio los hechos y el de hecho se estimaron, en suma, así: Benigno Garcés, casado con Agustina Mejía, fue el padre legítimo de Félix, nacido en este matrimonio, y como Benigno tuvo varios hermanos legítimos de los cuales sólo Teodosia sobrevivió a Félix y como éste murió sin dejar viuda, descendientes ni ascendientes, ésta su tía, colateral legítimo de grado más próximo, fue llamada a su herencia abintestato, no sin declararse previamente, como implícitamente queda dicho, la nulidad del aludido testamento. Y en cuanto a Petronila Mejía, hija natural de Agustina Mejía, se le negó su pretensión a la herencia de Félix, tanto porque la sucesión de éste, que fue hijo legítimo, no podía regularse por el artículo 1050 del C. C., cuanto porque no cabía la representación a que aspiraba, ya que el artículo 1043 ibidem requiere en quien la invoca la calidad de descendiente legítimo.

El recurso de revisión en cuya tramitación se está ahora lo interpuso la señora Petronila invocando los motivos 1º y 2º de los establecidos por el artículo 452 del C. J., así: en dicho juicio ordinario se decidió sobre su estado civil a la luz de una partida de bautismo que hacía aparecer a éste como de junio de 1875, y ahora viene a descubrirse que esa acta fue adulterada, en cuanto tal bautismo fue de junio de 1865, lo que lleva a determinar para su concepción una fecha anterior al primero de enero de 1865 en que entró a regir el C. C. de Antioquia; de ahí deduce que, debiendo aplicársele la ley de Toro y siendo según ésta hija natural de Benigno y Agustina, quedó legitimada por el matrimonio de sus padres, lo que significa que es hermana legítima de Félix, a que agrega que sin ese matrimonio sería hermana natural y que en uno u otro caso como hermana es la heredera abintestato que excluye a Teodosia, sólo tía.

Abierto el recurso a prueba, la parte demandada en él adujo documentos cuya agregación al proceso en calidad de prueba se decretó por el citado auto de 29 de septiembre de 1936, y declaraciones de testigos cuya ratificación decretó esa misma providencia.

La parte actora la reclama fundándose en que tales pruebas son inconducentes en razón de estarse sólo en este simple recurso y no ser él un nuevo juicio que haya de repetir al primero, y que debiendo el recurso ceñirse a las causales invocadas en la demanda que lo formula y no tratándose en ella sino de lo antedicho sobre fecha del bautismo de Petronila y adulteración del acta, no deben decretarse pruebas que no versan sobre este hecho sino sobre otro muy distinto en sentir del suplicante, cual es el de si Petronila no es hija de Benigno por haberla tenido Agustina mucho antes de casarse con éste y no haber llevado vida marital ni siquiera tenido relaciones sexuales con él antes del matrimonio.

Para resolver se considera:

Sin discutir, por no ser la oportunidad, la desconexión indicada por el suplicante entre esos hechos y aun dando por aceptada la apariencia consecuencial de inconducente afirmada por él, es de observarse que el concepto que a primera vista ocurra formular a este respecto de la conducencia cuando se pide una prueba dada puede no perseverar cuando ya no se trate de decretarla sino cuando se esté estimando en sí misma y en su relación con lo demandado y controvertido en el respectivo proceso. De ahí se deduce que la simple duda al respecto ha de bastar para decretarla y que su práctica no puede negarse sino cuando esa inconducencia es desde luego manifiesta.

De los dos extremos es preferible el de haber decretado una prueba que más tarde resulte inconducente a negarla en esta creencia de inconducencia cuando se pide y, por desgracia para la justicia y para quien debe administrarla, hallar que sí era conducente y que falta, a la hora de sentenciar, esto es, cuando ya no puede llenarse el vacío así indebidamente producido.

De otro lado, la labor y gasto de la prueba los soporta quien la pide y los que llegue a imponer a la contraparte los atiende la condenación de costas.

No se significa con lo antedicho que se opte por decretar toda prueba sin valla alguna para las inconducentes y sin cumplir el artículo 596 del C. J., sino que, desoyendo al sentenciar las que entonces resulten serlo y que en esa disposición califica de inadmisible y negando el decreto mismo cuando la inconducencia sea desde luego palmaria, lo prudente es decretar las que parezcan inconducentes por de pronto cuando asalte la duda a este respecto al juzgador al tratarse simplemente de decretarlas.

Si en el presente caso hay ahora duda al respecto y completa incertidumbre sobre lo que en la revisión se controvierte y si esto versa sobre quién es el heredero del de cujus en razón de determinado parentesco, no se ve la razón para negar de plano pruebas encamiadas a establecer detalles que con tal parentesco puedan relacionarse directamente o indirectamente que sea. Y esto es lo que cabe tomar en consideración ahora, cuando apenas se está proveyendo a pruebas. Si al sentenciar se encontrare que efectivamente hay la inconducencia afirmada por el suplicante, a reconocerlo así y proceder en consecuencia no será óbice la simple circunstancia de haberlas decretado. Y de esa suerte, en tal evento quedará cumplido dicho artículo 596, si los peligros de una negativa apresurada que hoy habría de recaer sobre la orden misma de practicarlas y que, por las circunstancias aludidas atrás, no tendría el pleno fundamento necesario para negativa de esta clase, de tan señalada trascendencia.

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, niega la súplica solicitada. Queda, pues, en pie el auto reclamado.

Cópiese y notifíquese.

Antonio Rocha, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J., Arturo Tapias Pilonieta. El Conjuez, Ernesto Vasco Gutiérrez. Pedro León Rincón, Srio en ppd.

SE DECLARA DESIERTO EL RECURSO DE CASACION

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

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza).

Ante el Juzgado 1º del Circuito de Cartagena entablaron demanda ordinaria sobre dominio de ciertos bienes y otras declaraciones, los señores Moisés Spath y Felipe Mebarak S. en su carácter de socios administradores de la Sociedad Spath, Mebarak & Cª contra el señor Mauricio Visbal, una y otro domiciliados en dicha ciudad.

Absuelto el demandado en primera instancia, apeló el demandante, y el Tribunal de Cartagena por sentencia de 5 de agosto de 1936 confirmó la del Juzgado en todas sus partes.

Contra este fallo interpuso el demandante recurso de casación, que le fue concedido y se declaró admisible por la Corte, en providencia de 16 de diciembre último.

Pero, ni en el escrito de interposición ante el Tribunal ni durante el término que la ley establece para fundarlo ante la Corte, el recurrente usó de tal derecho y, por tanto, se ha colocado en el caso del artículo 531 del C. J.

En mérinto de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley declara desierto el recurso de casación en el presente pleito y condena en costas al recurrente.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Antonio Rocha, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Rodrigo Jiménez Mejía, Miguel Moreno J., Juan Francisco Mújica. Pedro León Rincón, Srio.

RESOLUCION DE UN CONTRATO DE COMPRAVENTA

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil. Bogotá, abril nueve de mil novecientos treinta y siete

(Magistrado ponente: Dr. Juan Francisco Mújica).

MATERIA DEL PLEITO

Ante el Juzgado 2º del Circuito de Facatativá, Antonio Feo demandó a Jesús María Gutiérrez para la resolución del contrato de compraventa a que se refiere la escritura número 322, pasada el 20 de octubre de 1924 ante el Notario de La Vega, a causa de que el demandado no pagó el precio estipulado en la forma y tiempo convenidos.

Los hechos fundamentales del pleito se reducen a lo siguiente: Feo vendió a Gutiérrez, tanto sus derechos hereníciales en las sucesiones de Luis Feo y María del Rosario Algecira de Feo, como las otras cosas mencionadas en la escritura dicha. El precio se convino en la cantidad de tres mil setecientos treinta pesos ($ 3,730), pagaderos, treinta pesos ($ 30) de contado y el remanente en dos cuotas, de distinta cuantía, seis meses y un año, respectivamente, después de la fecha de la escritura.

A Gutiérrez le fueron adjudicados en los referidos juicios de sucesión, y como cesionarios de Feo, los bienes correspondientes. El demandante, por lo tanto, cumplió las obligaciones que él contrajo en el contrato celebrado con el demandado.

Gutiérrez dejó de cumplir su obligación de pagar el precio y transfirió el dominio sobre los bienes que le fueron adjudicados en la partición.

"La condición resolutoria tácita envuelta en el contrato se cumplió al vencerse los plazos respectivos y el último de dichos plazos, según la escritura número 322, tantas veces citada, venció al cumplirse un año, contado desde la fecha de la escritura dicha".

SENTENCIA RECURRIDA

El Tribunal Superior de Bogotá, en sentencia del 30 de septiembre de 1935, confirmó la del Juzgado 2º del Circuito de Facatativá, la cual negó la resolución pedida del contrato de compraventa.

Consideró el Tribunal que Feo renunció de modo expreso su derecho de resolver el contrato por falta de pago del precio.

Esa renuencia anticipada consta en la siguiente cláusula del contrato: "El comprador declara: que en caso de mora en los pagos reconocerá sobre las sumas que quede debiendo un interés a la rata del 1% mensual, pagaderos por mensualidades vencidas, sin perjuicio de que el vendedor ejercite la acción de cobro judicial correspondiente, sin derecho, eso sí, el vendedor a poder hacer uso de acción alguna para pedir la rescisión o resolución de este contrato de compraventa por la falta del cumplimiento en los pagos".

No considera el Tribunal que esa cláusula es una declaración unilateral del comprador, porque en la escritura se leé este pasaje final: "Leído que fue este instrumento a los contratantes en presencia de los testigos instrumentales lo aprobaron y lo firman junto con éstos, haciéndolo a ruego ambos contratntes por decir no saber escribir, por medio de testigos hábiles que son los que suscriben, ante mí el Notario de todo lo cual doy fe".

Por último, el Tribunal considera que la condición resolutoria se ha establecido en interés de los contratantes y que por lo tanto el legislador no prohibe la renuncia del derecho a pedir la resolución del contrato. Tampoco el orden público, ni las buenas costumbres, ni los derechos de terceros pueden afectarse con estipulaciones de esta naturaleza.

MATERIA DEL RECURSO

El recurrente alega que el Tribunal violó el artículo 15 del C. C., por cuanto que la cláusula de renuncia a la condición resolutoria no reúne las condiciones del artículo 1502 del C. C.

Hace el recurrente un análisis de lo que es, de acuerdo con su criterio, el fundamento filosófico del consentimiento, para concluir que "el error, el dolo y la violencia afectan la violación del vínculo contractual" y que en este pleito "la cláusula de renuncia fue la maniobra fraudulenta ejecutada por el comprador para defraudar los intereses del vendedor".

Enumera luégo las circunstancias de hecho en virtud de las cuales puede afirmarse que la inclusión de esa cláusula en el contrato fue dolosa y se sorprendió con ella al "contratante perjudicado".

En las condiciones aludidas, la cláusula debe ser tomada como una simple declaración unilateral, sin fuerza vinculante.

El Tribunal, al considerar lo contrario, violó también el artículo 1502 del C. C.

MOTIVOS

Las circunstancias alegadas por el recurrente dicen orden a una acción rescisoria, por vicios del consentimiento, que no fue la ejercitada.

La única súplica de la demanda se encamina a obtener la resolución del contrato por la falta del pago del precio y los hechos del libelo concurren todos a establecer la existencia de la condición resolutoria tácita, sobre la cual basa su pretensión el actor.

En la demanda no fue impugnada la cláusula en que se apoyó el Tribunal, ni ninguno de los hechos del libelo indica que la controversia sea susceptible de referirse al desconocimiento de su efecto vinculante.

De ahí la inconducencia de lo alegado en el recurso sobre violación, por parte del Tribunal, de los artículos 15 y 1552 del C. C.

RESOLUCION

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 30 de septiembre de 1935 pronunció en este juicio ordinario el Tribunal Superior de Bogotá.

Las costas son a cargo del recurrente.

Notifíquese, cópiese y publíquese. Insértese copia de esta providencia en la GACETA JUDICIAL.

Antonio Rocha, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J., Juan Francisco Mújica, Arturo Tapias Pilonieta. Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

ACCION SOBRE PAGO DE UNA SUMA DE PESOS. — PROMESA DE CONTRATO. — CONDICIONES SUSPENSIVA Y RESOLUTORIA

1—La noción de promesa de contrato, o lo que es lo mismo, de precontrato, creada por la dogmática conceptualista, constituye una paradoja, porque ella invoca un origen romano, pero en el hecho se basa en dos principios que son: el de consensualidad y el de autonomía de la voluntad. El precontrato engendra una obligación dirigida a la cooperación para la conclusión del contrato principal. Por consiguiente, la promesa de contrato debe constituir por sí misma una convención sustantiva y acabada como otra cualquiera.—2. Cuando el acontecimiento futuro e incierto no limita la producción del efecto jurídico o su cesación, sino que de su llegada o presencia depende, por disposición expresa de la ley, la eficacia del efecto jurídico, no existe una condición propiamente dicha sino impropia o aparente, llamada condición de derecho, cuyos efectos son determinados en cada caso por la ley. Los negocios jurídicos que contienen esta clase de condiciones suelen ser calificados de ineficaces pendientes.—3. Es difícil hallar una condición suspensiva pura; lo corriente es que contenga a la vez una determinación de tiempo, la cual se considera como una sola cosa con la condición.—4. Si las partes extinguen voluntariamente el vínculo jurídico legalmente ineficaz, no procede decretar su nulidad.—5. Es rigurosamente cierta la observación hecha por los romanos respecto de que no existen dos clases de condiciones, suspensivas y resolutorias, sino que la diferencia reside en la naturaleza de lo condicionado. Con la condición suspensiva se regula el nacimiento de la obligación, esto es, la entrada en vigor del efecto jurídico. Con la resolutoria, se regula la extinción del derecho adquirido, o lo que es lo mismo, la cesación del efecto jurídico. Los frutos percibidos bajo condición suspensiva, fallida ésta, no se adquieren por el acreedor (artículo 1395, ordinal 1o., 1542, inciso final, 1872, inciso 2o. del C. C.), porque el negocio continúa sin producir obligación, y por consiguiente caducan los efectos habidos provisionalmente a la sombra del acto jurídico condicional.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil. Bogotá, abril nueve de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Juan Francisco Mújica).

MATERIA DEL PLEITO

Ante el Juzgado 2º del Circuito de Armenia, Eusebio Cardona demandó a Angel María Giraldo, para que se le condenara a pagar el valor del café que éste recolectó en la finca de La Estrella, de propiedad de la mujer del actor, en jurisdicción del municipio de Circasia, "durante los nueve meses que la tuvo en su poder"; a pagar "el valor de las mejoras, construcciones y plantaciones" puestas en el mismo lapso por el demandante en la finca de El Vergel, de propiedad del demandado, la cual está ubicada en jurisdicción del municipio de Quimbaya, y, por último, a pagar las costas procesales.

La acción se funda en lo siguiente: En mayo de 1927, Giraldo Chica celebró con los cónyuges Eusebio Cardona y Julia Elvira Acebedo una promesa de contrato de permuta de las fincas El Vergel y La Estrella.

El primero de aquellos fundos, ubicado en jurisdicción del municipio de Quimbaya, tiene cultivos de pastos artificiales, café y plátano, y, además, casa de habitación. Sus linderos, según el documento que consigna la promesa de contrato de permuta, constan en las escrituras en donde figuran las compras que del derecho de dominio sobre el bien raíz hizo Giraldo Chica a Pedro Henao y Jacoba Vieira.

El fundo de La Estrella está situado dentro del municipio de Circasia, tiene casa de habitación y sementeras de café, plátano y pasto, y sus linderos se hallan descritos en la escritura número 169, pasada el 10 de julio de 1918 ante el Notario de Montenegro.

En la promesa de contrato de permuta, Giraldo Chica se obligó a pagar a los cónyuges Cardona y Acebedo, "por vía de ribete o compensación", la suma de dos mil pesos ($ 2,000), de los cuales éstos confiesan tener recibidos cuarenta ($ 40). De aquella cantidad, al verificarse la permuta, descontaría Giraldo el valor del crédito hipotecario, cuyo cesionario era él, constituído sobre la finca de La Estrella, por los esposos dichos, a favor de Antonio María Trujillo y otros.

La permuta debía perfeccionarse tan pronto como fuera obtenida por los esposos Cardona y Acebedo la correspondiente licencia judicial, por ser el inmueble de propiedad de la señora.

Una de las cláusulas de esta promesa de contrato dice: "Los contratantes manifiestan que desde esta fecha (21 de mayo de 1927) están cada uno por su parte, en la posesión y dominio de las fincas que prometen permutar".

Nueve meses después, negada la licencia por el juez, las partes, recíprocamente, se devolvieron las heredades.

Durante el tiempo dicho, Giraldo recolectó el café existente en La Estrella, cuya cantidad fue la de quinientas (500) arrobas, o más. El demandado no tuvo necesidad de hacer mejora ninguna allí, y directa e inmediatamente procedió a recolectar la cosecha.

En cambio, el demandante, cuando ocupó El Vergel, tuvo que empezar "por talar los rastrojos para sembrar sementeras de café y yuca", debido al completo estado de abandono en que se hallaba ese inmueble.

El demandante alcanzó a plantar en El Vergel "30.000 árboles de yuca y un número considerable de árboles de café, y, además, limpió de malezas y podó convenientemente los pocos cafetos que existían". Aparte de esto, reconstruyó la casa de habitación, que era ya muy mala, cercó la finca y sus diferentes dependencias e instaló un acueducto con su correspondiente ariete.

Cuando las partes deshicieron lo hecho, Cardona retiró solamente el ariete y la tubería. Por manera que Giraldo aprovechó las restantes mejoras hechas por Cardona, cuyo valor no es menor de quinientos pesos ($ 500).

Cardona, por conducto de Luis López, procuró que Giraldo Chica le reconociera el valor de esas mejoras y le devolviera el de los frutos que percibió en la finca de La Estrella. Pero estas gestiones fueron inútiles, porque el demandado afirmó no estar obligado a ello.

SENTENCIA RECURRIDA

El Tribunal Superior de Pereira, con fecha 16 de marzo de 1935, declaró nulo, de nulidad absoluta, "por omisión de formalidades legales", el contrato "relativo a la promesa de permuta de los inmuebles denominados La Estrella y El Vergel". Condenó a Angel María Giraldo Chica a pagar a Eusebio Cardona las cantidades de dos mil cien pesos ($ 2,100) y de trescientos sesenta y ocho pesos ($ 368). Aquélla como precio de las seiscientas arrobas (600) de café, a razón de tres pesos cincuenta centavos ($ 3.50), "recolectado y vendido por Giraldo en la finca de La Estrella, de propiedad de Cardona, durante los nueve meses que el primero la estuvo ocupando". La última como "valor de las mejoras plantadas por el actor en la finca de El Vergel, de propiedad del demandado". Dispuso también que de la primera de las cantidades dichas debía deducirse previamente "el valor proveniente de gastos de administración durante el período expresado, y los gastos de recolección y preparación del café hasta ponerlo en estado de venta" y además la suma de cuarenta pesos ($ 40.00)" y sus intereses legales a partir del 21 de mayo de 1927, hasta la fecha de la liquidación respectiva". Declaró "a salvo los derechos que pueda tener Angel M. Giraldo Chica contra Eusebio Cardona por razón de frutos que éste hubiera percibido en la finca de El Vergel, y también por razón de mejoras que el primero hubiere establecido en la finca de La Estrella".

Consideró el Tribunal que, con apoyo en el artículo 15 de la Ley 95 de 1890, era el caso de declarar oficiosamente nulo el contrato de promesa de permuta celebrado por las partes, por cuanto que éste es el hecho básico que ha servido de causa más o menos inmediata a los otros de la litis. En ese contrato no aparecen determinados los linderos de las fincas. La condición a que las partes sujetaron la promesa de permuta es mixta porque su cumplimiento "dependía tanto de Cardona y de su esposa, como de una decisión judicial". No se fijó la época en que debería celebrarse el contrato prometido, porque no se estipuló "el plazo dentro del cual Cardona debía iniciar las diligencias para obtener el permiso judicial".

La omisión de la estipulación del plazo y de la determinación de los linderos de los fundos son causales de nulidad absoluta, según el art. 1741 del C. C., dado que, en atención a la naturaleza misma de la promesa de contrato, el art. 89 de la ley 153 de 1887 exige la presencia en este caso de esas "notas necesarias".

Aun cuando la promesa de permuta de inmuebles no requiere para su validez la inmediata entrega recíproca de ellos, las partes, sin embargo, pueden verificarla. La situación de hecho creada con motivo de que en este pleito las partes se entregaron mutuamente los inmuebles, debe entenderse en el sentido de que su ánimo fue el de permitir que cada una de ellas disfrutara del bien raíz recibido, "y hay que aceptar que ese efecto admitido se produce de buena fe, porque a las estipulaciones de los hombres se les deba dar la interpretación natural, en el sentido que produzca efectos, como lo mandan las reglas generales contenidas en el Título 1º del Libro 4º del C. C."

Pero como acontece aquí, agrega el Tribunal, que la promesa de contrato es nula, la validez de los efectos que las partes permitieron se produjeran, como si se tratara de los que engendra un contrato legal, debe desconocerse. Por consiguiente, es nece-

sario colocar a las partes "en la situación en que se encontraban antes del contrato que apenas fue aparente", para obtener la invalidación de esos efectos.

Estimó el Tribunal que "tal vez convencidos ambos prometentes de la invalidez del contrato, por deficiencias de él", voluntariamente deshicieron la situación de hecho creada en lo relativo a la devolución de las fincas, pero no así respecto de los frutos percibidos, lo cual constituye la materia del presente litigio.

Procede la condena de las prestaciones ordenadas porque ella se amolda a las "reglas generales consignadas en el Capítulo 4º, Título 12, Libro 2º del C. C." La inexistencia de la promesa de contrato da "derecho a las partes para ser restituídas al mismo estado en que se encontraban si no hubiese existido el acto o contrato cuya nulidad se declara", además de que es principio general de derecho el de que "a nadie le es permitido enriquecerse sin causa y a costa de otro".

MATERIA DEL RECURSO

La sentencia fue acusada por la primera y segunda causales previstas en el art. 520 del C. J., pero en la demanda no se fundamentó esta última.

El Tribunal violó el art. 89 de la ley 153 de 1887.

Tres son los requisitos que esa disposición exige para la validez de una promesa de contrato. De ellos, el segundo busca que el "contrato principal no adolezca de vicio en el consentimiento por error sobre la sustancia o calidad esencial del objeto sobre que versa"; el tercero "consiste en que la promesa contenga un plazo o condición que fije la época en que ha de ser celebrado el contrato prometido; y el cuarto que se determine de tal suerte el contrato que para su perfección sólo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales".

Dado que por época "se entiende el transcurso del tiempo transcurrido entre dos sucesos", la de este pleito se halla enmarcada entre la fecha del pacto de promesa y la del auto del Juez con que finalizó la solicitud de licencia para permutar.

El Tribunal afirma que el plazo no se convino porque faltó la determinación del tiempo, olvidando que los contratantes estipularon iniciar lo más brevemente posible la consecución de la licencia judicial, lo cual significa, a la luz del art. 1551 del C. C., que ellos debían emplear el tiempo indispensable para cumplirlo.

El Tribunal confundió las formalidades de la promesa con las del contrato principal. El ordinal 4º del citado art. 89 lo que exige es que en aquélla se especifique éste. El legislador mal podía pretender que en la promesa se determine el objeto materia del contrato principal, desde luego que aquélla, como cualquiera otra convención, tiene por objeto dar, hacer o no hacer algo. Siendo así que los géneros se determinan por las especies y éstas por las subespecies, la determinación específica del contrato principal es indispensable para poder saber qué fue lo prometido.

"La promesa ajustada entre Giraldo y Cardona satisfizo el requisito de determinar el contrato principal", a causa de lo cual es injurídico declararla inexistente', 'esto es, viciada de nulidad absoluta".

Tampoco "puede sostenerse jurídicamente que la promesa es nula, por falta de la relación detallada de sus mojones o linderos". Esta circunstancia es una de las que supone la norma que falta en la promesa y cuya presencia se requiere para perfeccionar el contrato principal.

Aun en la hipótesis contraria, las fincas fueron individualizadas mediante sus nombres, la indicación de los municipios donde están ubicadas y el señalamiento "de las escrituras de tradición".

El Tribunal violó los arts. 964 y 762 del C. C. Tanto Giraldo como Cardona fueron poseedores de La Estrella y El Vergel respectivamente. Los hechos efectuados por ambos son característicos de la posesión. El elemento subjetivo de ésta está demostrado en el pleito en diferentes pruebas del proceso. En el documento en donde consta la promesa de contrato de permuta aparece la intención de poseer, expresada con estas palabras: "Los contratantes manifiestan que desde esta fecha están cada uno por su parte en la posesión y dominio de las fincas que prometen permutar".

El estado de hecho revela también la posesión, porque ninguna de las partes procedió como arrendatario, secuestre, mandatario, administrador o peón de la otra en la realización de los actos que ejecutaron sobre las fincas.

Es erróneo sostener que el ánimo de señor sólo puede existir en el dueño. Además no debe perderse de vista que la tradición de un inmueble para el solo efecto de hacer mejoras y cosechar los frutos se hace mediante la entrega de él.

El Tribunal reconoce la buena fe, la cual no es explicable en este caso sino en relación con la posesión.

Sobre la hipótesis de la nulidad del contrato de promesa, Giraldo, como poseedor de buena fe, no estaba obligado a entregar a Cardona el café cosechado o su valor, porque el art. 1746 del C. C. dispone tener en cuenta la posesión de buena o mala fe de las partes.

El Tribunal violó el art. 716 y el 739 del C. C.

No analizó en la sentencia la excepción propuesta de petición de lo no debido, la cual "equivale al desconocimiento de la acción" instaurada por parte del demandado.

El actor apoya su demanda en los dos artículos citados, pero no demostró ser dueño de la finca de La Estrella, y, por consiguiente, "que lo era también de los frutos cosechados por Giraldo".

No se halla acreditado que la Acevedo sea cónyuge del demandante y dueña de ese fundo para poder afirmar que se pedía lo debido a ella o a la sociedad conyugal.

El art. 716 establece la excepción "de que los frutos no pertenecen al dueño de la cosa, cuando hay derechos constituídos por leyes, o por un hecho del hombre en beneficio del poseedor de buena fe".

El Tribunal violó el art. 964 del C. C.

No obstante el reconocimiento expreso de que Giraldo es poseedor de buena fe, se le condenó a pagar el precio que tenía la cosecha de café, no como lo quiere la ley cuando su percepción sino al tiempo de su venta.

Los peritos rindieron dictamen sobre la cantidad en arrobas que la plantación de café pudo haber producido de mayo de 1927 a marzo de 1928.

En la sentencia se apreció erróneamente ese concepto porque se le dio un valor probatorio pleno de que carecía. Desde luego que no es cierto el número de arrobas de café, tampoco puede serlo su valor.

El Tribunal, oficiosamente, para averiguar el valor exacto del café "sustituyó al demandante en el poder de suministrar la prueba" y buscó el promedio aritmético, aplicando indebidamente el art. 721 del C. J., sin que ni siquiera mediara para ello desacuerdo entre los peritos.

MOTIVOS

Es sabido que la noción de promesa de contrato, o lo que es lo mismo, de precontrato, creada por la dogmática conceptualista, constituye una paradoja, porque ella invoca un origen romano, pero en el hecho se basa precisamente en dos principios sólo conocidos por el derecho moderno.

La diferencia, hoy eliminada, que en el sistema romano se hacía entre pacto y contrato, debióse a que en aquel derecho no se conoció contrato atípico ninguno, sino un número cerrado de tipos de contrato. El pacto sólo producía excepciones, pero no engendraba acciones ni obligaciones.

Los aludidos dos principios son: el de consensualidad, esto es, el poder concedido por el actual ordenamiento jurídico a las personas para crear derechos por el simple acuerdo de sus voluntades; y el de la autonomía de la voluntad en el sentido de la libertad de las partes para configurar como ellas quieran el contenido del contrato.

De ahí que hoy la noción de promesa de contrato aparezca para la mayoría de los autores modernos como un producto exótico en franca crisis. A ello débese igualmente la manera sumaria como la reglamenta nuestro C. C.

El precontrato "engendra una obligación dirigida a la cooperación para la conclusión del contrato principal. El contenido y clase de las declaraciones de voluntad que han de integrar el contrato futuro se conforman en cada caso a la naturaleza de éste".

Por consiguiente, la promesa de contrato debe constituir por sí misma una convención sustantiva y acabada como otra cualquiera.

Cuando el acontecimiento futuro e incierto no limita la producción del efecto jurídico o su cesación, sino que de su llegada o presencia depende, por disposición expresa de la ley, la eficacia del efecto jurídico, no existe una condición propiamente dicha sino impropia o aparente, llamada condición de derecho, cuyos efectos son determinados en cada caso por la ley.

Los negocios jurídicos que contienen esta clase de condiciones suelen ser calificados de ineficaces pendientes.

En el contrato declarado nulo por el Tribunal no se produjo indudablemente obligación alguna, de acuerdo con el inciso primero del art. 89 de la ley 153 de 1887, porque el ordinal tercero de ese mismo artículo no puede referirse sino a la condición que lo sea conceptualmente. La circunstancia convenida por las partes no es sino una condición de derecho, sin cuya realización el negocio es imperfecto y no simplemente eventual.

Por estas causas, y por algunas otras que no es del caso expresar, dado lo que se dirá adelante, el Tribunal no aplicó indebidamente el mencionado art. 89, aun cuando para ello se basó en considerandos que la Corte, a la luz de la teoría expuesta, no acoge, salvo en lo relativo a la individualiza-

ción de las fincas, por no ser ni siquiera determinables los linderos de una de ellas, según el contexto de la promesa de contrato.

En el supuesto de que la licencia judicial hubiera sido una condición de la cual dependía que se produjera el efecto jurídico querido (y no, como en realidad es, un elemento necesario para la eficacia del negocio jurídico), esa condición potestativa habría sido válida. Porque del hecho voluntario de Cardona de demandar la licencia al Juez dependía no sólo el nacimiento de la obligación que contrajo sino también la adquisición del derecho estipulado a su favor.

Es difícil hallar una condición suspensiva pura; lo corriente es que contenga a la vez una determinación de tiempo, la cual se considera como una sola cosa con la condición.

Acontece así que el Tribunal procedió en forma académica, desconociendo con su conducta la naturaleza del poder judicial del Estado y del deber judicial de éste, cuando declaró la nulidad de la promesa de contrato. Pero este punto no es materia del recurso. Tampoco fue invocado en la demanda de casación el art. 15 de la ley 95 de 1890.

La ley, con la sanción de la nulidad, lo que hace es negar definitivamente el efecto querido por las partes, el cual es propio del negocio jurídico celebrado, o lo que es lo mismo, niega la consecuencia jurídica que se califica como querida.

De ahí que si las partes extinguen voluntariamente el vínculo jurídico legalmente ineficaz, no procede decretar su nulidad. Implícitamente esto lo ha reconocido el Tribunal, porque en uno de sus considerandos acepta que las partes revocaron de común acuerdo el precontrato, motivo por el cual "restablecieron la condición que tenían antes de la pretendida promesa de contrato". En efecto, el hecho sexto de la demanda, aceptado por el demandado, dice así: "Pasados nueve meses de estar ocupando cada uno la finca respectiva, y como no pudiera legalizarse el contrato por razones que no hay para qué expresar aquí, el demandado Giraldo tomó de nuevo su finca, El Vergel, y mi poderdante tomó la suya llamada La Estrella".

El Tribunal, se insiste en ello, con su procedimiento desconoció lo prevenido en el inciso 1º del art. 1625 del C. C.

Los actos jurídicos nulos y aun los calificados por algunos autores de inexistentes, son sin embargo hechos jurídicos, que la ley toma en cuenta, desde luego que suelen tener consecuencias jurídicas, aun cuando nunca sean las mismas del acto válidamente ejecutado. "En el derecho no hay una contraposición entre el ser y no el ser, entre la validez y la nulidad. Así como en la naturaleza no hay hechos nulos, sino que los hechos existen o no existen, en el orden jurídico, de los actos sólo puede decirse que valen o que no valen".

Por haber sido efectuada bilateralmente la revocación del precontrato, las consecuencias de ella deben ser tratadas por analogía de las de la resolución contractual. Esto fue lo que en la realidad decidió el Tribunal, aun cuando para ello conjugó innecesariamente, sin aplicarlos, los principios del enriquecimiento sin causa y el contenido del art. 1746 del C. C.

Para estudiar los cargos hechos a la sentencia en lo referente a la posesión, no se debe enfocar el punto desde un ángulo distinto al tomado por el recurrente mismo, quien sostiene la eficacia de la promesa de contrato que concertaron las partes, y por lo tanto, es necesario dar por supuesta la propiedad de la naturaleza de la condición estipulada.

Es rigurosamente cierta la observación hecha por los romanos respecto de que no existen dos clases de condiciones, suspensivas y resolutorias, sino que la diferencia reside en la naturaleza de lo condicionado. Con la condición suspensiva se regula el nacimiento de la obligación, esto es, la entrada en vigor del efecto jurídico. Con la resolutoria, se regula la extinción del derecho adquirido, o lo que es lo mismo, la cesación del efecto jurídico.

La posesión, dado que el elemento intencional es uno de sus integrantes, es, pues, susceptible de condición. Y en este asunto la celebración del contrato a que la promesa se refiere pendía de una condición suspensiva.

Giraldo poseía una expectativa de propiedad, y también Cardona. Luego aquél era mediador posesorio de éste, y viceversa, porque a ambos favorecía la desaparición de sus recíprocas expectativas.

Giraldo, pendiente la condición suspensiva, era poseedor mediato de La Estrella y Cardona era de El Vergel, lo cual equivale a una posesión precaria, porque ninguno de los dos pudo poseer el ejercicio actual de la propiedad.

Ahora bien. Los frutos percibidos bajo condición suspensiva, fallida ésta, no se adquieren por el acreedor (art. 1395, ordinal 1º, 1542, inciso final, 1872, inciso 2º del C. C.), porque el negocio continúa sin producir obligación, y por consiguiente caducan los efectos habidos provisionalmente a la sombra del acto jurídico condicional.

Se alega por el recurrente que el demandante no probó su estado civil de casado, ni su situación de propietario, como tampoco el derecho de dominio de Giraldo.

Estos puntos no pueden ser considerados, porque, además de constituír medios nuevos de casación, son extraños a la materia del pleito.

No se observa el error manifiesto de hecho en que haya podido incurrir el Tribunal al apreciar el dictamen pericial sobre el producto del cafetal de La Estrella durante el período de mayo de 1927 a marzo de 1928. Para formar su criterio el Tribunal no se basó exclusivamente sobre ese peritazgo, sino que estimó éste en consonancia con la confesión del demandado y de varios testimonios. Pruebas estas últimas no acusadas.

El promedio aritmético del precio del café tampoco lo dedujo el Tribunal del dictamen pericial acusado, sino de los datos suministrados por el mismo demandado en su confesión. La casación no procede por la simple violación del art. 721 del C. J., a causa de que éste no contiene sino una proposición jurídica incompleta, esto es, no forma por sí sola mandatos ni concesiones.

El art. 964 del C. C. reglamenta una situación ajena a este pleito.

RESOLUCION

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia que el Tribunal Superior de Pereira pronunció el 16 de marzo de 1935 en este juicio ordinario.

Las costas, a cargo del recurrente.

Notifíquese, cópiese y publíquese. Insértese copia de esta providencia en la GACETA JUDICIAL.

Antonio Rocha, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J., Juan Francisco Mújica, Arturo Tapias Pilonieta. Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

INSPECCION OCULAR Y CONFESION JUDICIAL

1.—La inspección ocular practicada en el juicio ordinario de Lucrecia Alvarez de Lago contra Ivo Sánchez, tiene en el juicio de aquélla contra Rosendo Leguízamo el mismo carácter de la inspección extrajudicial contemplada por el artículo 732 del código de procedimiento, o sea de la practicada sin otra intervención que la del solicitante, el juez y los peritos o testigos que éste designe libremente. Es perfecta la analogía. Tal inspección, de índole judicial dentro del juicio en que fue practicada, asume la de extrajudicial en este segundo juicio. Si en el primero hizo plena prueba respecto de los hechos y circunstancias observados por el juez, constituye en el segundo una presunción más o menos grave conforme a las reglas generales, según la naturaleza de la prueba misma y de los hechos examinados. Esta prueba, real por naturaleza, así como fue trasladada tiene valor de grave presunción. A su contenido no se hicieron objeciones ni se presentaron contrapruebas.—2.—La inspección ocular es un medio probatorio que tiene por objeto el registro y examen de hechos o cosas, practicados por el juez en compañía de peritos o de testigos. El código de procedimiento distingue dos tipos: la que se hace dentro del juicio y la que lo precede. La judicial, o sea la practicada dentro del litigio a solicitud oportuna de las partes u oficiosamente, hace plena prueba respecto de los hechos y circunstancias observados por el juez; la extrajudicial, o sea la que cualquiera persona puede pedir fuera del juicio a título de abonamiento probatorio, tiene el mismo mérito que la anterior si se practica citando personalmente a aquel contra quien haya de aducirse, pero no constituye sino una presunción más o menos grave, conforme a las reglas generales, cuando se realiza interviniendo apenas el solicitante, el juez y los peritos o testigos, que éste designe. Así lo prescriben los artículos 730, 731 y 732.—3.—La confesión, en juicio o fuera de juicio, es la manifestación que una parte hace de ser cierto el hecho que le perjudica, afirmado por la otra, como define el artículo 604 del código citado, acorde en líneas generales con lo que sobre este medio de prueba exponen los doctrinantes. Confiesa una parte cuando da testimonio contra sí de la verdad de un hecho o de un acto jurídico expuestos por la otra parte como fundamento de su demanda o de su excepción.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Civil.—Bogotá, abril veintidós de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Miguel Moreno Jaramillo).

Lucrecia Alvarez de Lago demandó a Rosendo Leguízamo para que se hicieran estas declaraciones:

Primera.—Que el lote de terreno ubicado en Bogotá, en el barrio de San Victorino, en la calle 9ª, distinguido con el número 307, es parte de un inmueble que la actora adquirió por escritura número 1335, de 14 de septiembre de 1892, otorgada en la notaría 2ª de este circuito.

Segunda.—Que la demandante es dueña del inmueble mencionado, y, en consecuencia, lo es también del lote que hace parte de dicho inmueble.

Tercera.—Que se condene al demandado a restituir ese lote a la demandante.

Cuarta.—Que el demandado debe asimismo restituir a la demandante los frutos naturales y civiles, desde la notificación de la demanda hasta el día en que efectúe la entrega.

Quinta.—Que el demandado debe pagar las costas del juicio si se opone a las peticiones formuladas en el libelo.

Fueron hechos fundamentales de la demanda:

1º—Por escritura número 1335, de 14 de septiembre de 1892, otorgada en la notaría 2ª de Bogotá, hubo la actora el lote a que se refiere la primera petición.

2º—La actora tiene posesión inscrita de la totalidad del inmueble.

3º—Rosendo Leguízamo posee actualmente el lote demandado, sin título ni derecho algunos.

4º—Este lote hace parte del inmueble adquirido por Lucrecia Alvarez de Lago, según la aludida escritura número 1335.

El doctor José de Jesús Angel, obrando como defensor de Rosendo Leguízamo, negó los cuatro hechos fundamentales de la demanda, y se opuso a las pretensiones de la actora alegando estos motivos:

a).—La escritura de 8 de septiembre de 1921, otorgada en la notaría 5ª de Bogotá, prueba que Leguízamo compró el lote a María Elisa Cardoso.

b).—María Elisa Cardoso lo adquirió de Gustavo H. García, éste de María Méndez, ésta de Ivo Sánchez y éste mediante la transacción que consta en la escritura número 79 de 5 de febrero de 1916, otorgada en la notaría 5ª de Bogotá. Tal proceso se esta-

blece con la citada escritura número 79 y con las números 217, de 4 de mayo de 1920; 229, de 28 de abril de 1919, y 154, de 4 de marzo de 1918, otorgadas en las misma notaría.

c).—Las referencias que al lote se hacen en el juicio de sucesión de Claudio Méndez.

d).—El hecho de que Méndez lo poseyó quieta y pacíficamente durante cuarenta y cinco años contiuos.

El juzgado 5º, en lo civil, del circuito de Bogotá, declaró no probadas las excepciones de prescripción adquisitiva, ordinaria y extrardinaria, propuestas por el mandatario del demandado en el curso del juicio, e hizo las cinco declaraciones solicitadas por la actora.

El tribunal de Bogotá revocó el fallo del juez y absolvió a Leguízamo de los cargos que le fueron formulados.

Fundóse el tribunal en que para comprobar la identidad del lote demandado se trajo a los autos, como única prueba, la copia de una inspección ocular practicada en juicio seguido por la señora Alvarez de Lago contra Ivo Sánchez, prueba ineficaz por no haber sido practicada en este juicio sino en otro distinto, "donde el juez de los presentes autos no tuvo intervención alguna, donde la parte demandada no la tuvo tampoco, donde los peritos fueron nombrados sin su intervención", de lo cual dedujo el fallador que "no habiéndose demostrado siquiera la existencia de la cosa que se pretende reivindicar, no puede hablarse de dueño alguno de ella toda vez que la condición de dueño sólo puede predicarse de las cosas cuya existencia se halle comprobada".

El recurrente alegó estas causales de casación:

I.—No estar el fallo en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes. Apoya esta causal en que fueron promovidas dos acciones: una petitoria de dominio, para que se declarara que la demandante es dueña del inmueble en general; y otra reivindicatoria del lote mencionado en la segunda intención del libelo. Dice que el tribunal no falló sobre la primera de esas acciones sino que se concretó a decidir sobre la segunda, y que a pesar de reconocer a la actora como dueña del lote singularizado en la demanda, dejó de fallar sobre la acción petitoria de dominio, con lo cual desconoció la fuerza del título exhibido, o mejor, no hizo caso de esa fuerza ni del certificado del registrador que obra en autos.

II.—El desconocimiento de la acción reivindicatoria indujo al tribunal a violar los artículos 946, 947, 949 y 950 del código civil. El sentenciador acepta que con la escritura Nº 1335, de 14 de septiembre de 1892, otorgada en la notaría 2ª de Bogotá, comprueba la demandante ser dueña del lote singularizado en la demanda, pues dice "como que dentro de él se halla incorporado o comprendido el que es objeto de la reivindicación". Está demostrada la existencia del lote reivindicado, con la confesión hecha al ser contestada la demanda, con la copia de la inspección ocular y con tres sentencias uniformes que hacen plena prueba contra el demandado porque fueron traídas a los autos con citación de él y no fueron atacadas ni contradichas en ninguna forma. Tampoco hay duda de que la acción ha sido dirigida contra el actual poseedor, porque así aparece establecido con la confesión del demandado al contestar la demanda y con la prueba testimonial que obra en autos. Están, pues, cumplidos todos los requisitos que la ley prescribe para que se reconozca en juicio la acción reivindicatoria que la demanda contiene.

III.—Violó el sentenciador los artículos 597 y 724 del código judicial, porque le desconoció su valor a la inspección ocular practicada el 27 de julio de 1926, que demuestra la identidad del lote reivindicado. Esa prueba vino al juicio con citación de la parte contraria y no fue radargüida de falsa, ni impugnada en forma alguna. De suerte que el sentenciador incurrió en error de derecho en la apreciación de esa prueba. También incurrió en error de hecho y de derecho al apreciar las sentencias de 17 de diciembre de 1926, 19 de octubre de 1927 y 13 de mayo de 1929, dictadas por el juzgado 3º del circuito, por el tribunal de Bogotá y por la corte suprema de justicia, respectivamente, y el certificado del registrador de instrumentos públicos y privados de Bogotá, pues siendo documentos públicos, en los cuales constan hechos relativos al dominio y a la posesión del inmueble reivindicado, no les dio el alcance que esos instrumentos tienen. Esos errores de hecho condujeron al tribunal a violar directamente, por falta de aplicación al caso del pleito, el artículo 1759 del código civil y el 601 y el 730 del código judicial.

La corte considera:

A solicitud de la actora, hecha dentro del término fijado al efecto, vino a los autos una copia de la diligencia de inspección ocular practicada en el juicio ordinario que aquélla siguió contra Ivo Sánchez, ante el juzgado 3º, en lo civil, del circuito de Bogotá, "para reivindicar la misma finca a que se refiere este pleito".

Léese en tal diligencia:

"Una vez allí el señor juez recibió a los peritos juramento de cumplir bien y fielmente los deberes de su cargo y procedió a identificar el lote. Al efecto los peritos recorrieron la finca o solar situado en la calle novena, cuadra quince y la carrera trece denominadas antiguamente carreras de Juanambú y Cartagena de esta ciudad, y que mide por la calle novena doscientos tres metros y por la carrera trece doscientos veintitrés metros sesenta centímetros y por el lindero con la Estanzuela doscientos treinta y dos metros, encerrado este lote bajo los siguientes linderos: "por el occidente, con la Estanzuela de propiedad de Aníbal Currea; por el oriente, da frente a la carrera trece y por el norte con la calle novena, formando el lote un triángulo". Los peritos identificaron la anterior alinderación con la respectiva finca, y dentro de ella encontraron un lote que da frente a la calle novena que mide diez metros de frente por veinte de fondo y que tiene edificados en él siete ranchos de bahareque o teja. La puerta de entrada está marcada con el número 307 y alinderado así: "por el norte, con la calle novena, de por medio con el edificio de la Escuela de Medicina; por el oriente, sur y occidente, con lote de la demandante señora Lucrecia Alvarez de Lago". Los peritos manifestaron después de recorrer las dos fincas acabadas de alinderar que en su concepto la segunda de ellas o sea la ocupada por el señor Ivo Sánchez y que está determinada en el punto primero petitorio de la demanda está comprendida y hace parte de la finca determinada al principio y de que trata la escritura número mil trescientos treinta y cinco de catorce de septiembre de mil ochocientos noventa y dos, pasada ante el notario segundo de Bogotá".

El tribunal se abstuvo de estimar el mérito de la anterior copia, fundándose en que la inspección ocular fue practicada en un juicio en que no intervinieron ni el juez de la presente causa ni el demandado Rosendo Leguízamo. Juzgó inoficioso cualquier estudio "referente a la situación jurídica de un bien cuya existencia o incorporación no se ha definido en la forma aconsejada por la ley".

Ha debido el sentenciador estimar el mérito de dicha copia, que forma parte del proceso por haberse pedido dentro del término señalado al efecto y practicado oportunamente. Negándose a estimarlo quebrantó los artículos 601 y 597 del código judicial, por no aplicación, y los artículos 724 y 730 de la misma obra, por indebida interpretación. Todas estas normas probatorias, de carácter sustantivo, fueron invocadas por el recurrente y demuestran un error de derecho poderoso a producir la violación de ley sustantiva por no haber sido apreciada esa prueba.

La inspección ocular practicada en el juicio ordinario de Lucrecia Alvarez de Lago contra Ivo Sánchez, tiene en el juicio de aquélla contra Rosendo Leguízamo el mismo carácter de la inspección extrajudicial contemplada por el artículo 732 del código de procedimiento, o sea de la practicada sin otra intervención que la del solicitante, el juez y los peritos o testigos que éste designe libremente. Es perfecta la analogía. Tal inspección, de índole judicial dentro del juicio en que fue practicada, asume la de extrajudicial en este segundo juicio. Si en el primero hizo plena prueba respecto de los hechos y circunstancias observados por el juez, constituye en el segundo una presunción más o menos grave conforme a las reglas generales, según la naturaleza de la prueba misma y de los hechos examinados. Esta prueba, real por naturaleza, así como fue trasladada tiene valor de grave presunción. A su contenido no se hicieron objeciones ni se presentaron contrapruebas.

La inspección ocular es un medio probatorio que tiene por objeto el registro y examen de hechos o cosas, practicados por el juez en compañía de peritos o de testigos. El código de procedimiento distingue dos tipos: la que se hace dentro del juicio y la que lo precede. La judicial, o sea la practicada dentro del litigio a solicitud oportuna de las partes u oficiosamente, hace plena prueba respecto de los hechos y circunstancias observados por el juez; la extrajudicial, o sea la que cualquiera persona puede pedir fuéra del juicio a título de abonamiento probatorio, tiene el mismo mérito que la anterior si se practica citando personalmente a aquel contra quien haya de aducirse, pero no constituye sino una presunción más o menos grave, conforme a las reglas generales, cuando se realiza interviniendo apenas el solicitante, el juez y los peritos o testigos que éste designe. Así lo prescriben los artículos 730, 731 y 732.

En sentir de esta corte, la sola presunción emanada de la copia es prueba plena

de la identidad entre el lote que se reivindica y el lote incluído en el inmueble inspeccionado por el juez y por los peritos del juicio anterior. Tal plenitud probatoria emana de los caracteres de gravedad y precisión que ofrece el acta copiada, caracteres suficientes para formar el convencimiento, según lo prescribe el artículo 664 del código judicial.

En efecto, la simple lectura de la diligencia de inspección convence de que el lote reivindicado en el juicio Alvarez-Sánchez es idéntico al reivindicado en el juicio Alvarez-Leguízamo.

Puesta en claro esa identidad, y sabido que la actora es dueña del inmueble incluyente, según consta en la escritura 1335 de 14 de septiembre de 1892, falta sólo inquirir si hay prueba de que el reo está poseyendo el lote incluído.

En el hecho 3º de su demanda afirmó Lucrecia Alvarez de Lago que Rosendo Leguízamo posee actualmente el lote de terreno materia de la reivindicación, por los límites expresados al principio de la primera súplica. Y en escrito fechado el 5 de agosto de 1935, el doctor Manuel Rodríguez Díaz, apoderado judicial de Leguízamo, propuso la excepción de prescripción adquisitiva, ordinaria y extraordinaria, fundándose, entre otros hechos, en los distinguidos con las letras a) y c), que dicen así: "a)—Del lote de terreno o finca a que se refiere la demanda antes anotada, Rosendo Leguízamo y los tradentes de éste han estado en posesión quieta y pacífica como dueños de la finca que reclama la demandante". "c)—Rosendo Leguízamo es poseedor de buena fe de la finca que le reclama la demandante, buena fe que se hace extensiva a los tradentes del demandado".

Estima la corte que con las transcritas palabras del doctor Rodríguez, apto para confesar por voluntad presunta de Leguizamo, según el artículo 607 del código de procedimiento, se establece una confesión judicial del último. La confesión, en juicio o fuéra de juicio, es la manifestación que una parte hace de ser cierto el hecho que le perjudica, afirmado por la otra, como define el artículo 604 del código citado, acorde en líneas generales con lo que sobre este medio de prueba exponen los doctrinantes. Confiesa una parte cuando da testimonio contra sí de la verdad de un hecho o de un acto jurídico expuestos por la otra parte como fundamento de su demanda o de su excepción. Reconociendo el mandatario del reo que éste se halla en posesión del lote perseguido por el actor, ha confesado un hecho fundamental en la demanda, que con la prueba del dominio y con la prueba de la identidad del lote perseguido, impone la aplicación del artículo 946 del código civil, artículo que invocó el recurrente y que es presumible habría aplicado el tribunal si no hubiese desconocido su mérito probatorio a la vista de ojos practicada por el juez y los peritos en el juicio Alvarez-Sánchez.

No fueron probados los hechos en que se fundan las excepciones.

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 de segunda instancia dictada en este juicio con fecha 29 de julio de 1936, y confírmase la de primera instancia fechada el 21 de octubre de 1935, excepto en lo referente a costas, sobre lo cual se resuelve: sin costas en el recurso ni en las instancias.

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, Arturo Tapias Pilonieta. Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

VIGENCIA Y OBSERVANCIA DE LAS LEYES

1.—Dentro de un sano régimen administrativo, corresponde a la administración, como intermediaria entre el legislador y los ciudadanos, contribuir al cumplimiento de las leyes.—2.—Cuando el gobernador sanciona en forma legal un proyecto acordado por la asamblea, para elevarlo a la categoría de ordenanza, dispone imperativamente que sea publicado y ejecutado. «Publíquese y ejecútese» es la fórmula ritual. El primer extremo del imperativo significa inserción en el periódico oficial. El segundo extremo significa en los actos de doble acción, una administrativa y otra civil, el cumplimiento de condiciones oficiales y de obligaciones particulares.—3.—Si la oportunidad para el cumplimiento de las condiciones oficiales procede de estar vigente la ordenanza, la actividad de los particulares está condicionada a la realización de actos administrativos.—4.—Una cosa es la VIGENCIA en abstracto y otra cosa es la OBSERVANCIA en concreto. Esta distinción tiene su apoyo en el artículo 55 del código político y municipal.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Civil.—Bogotá, abril veintiocho de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Miguel Moreno Jaramillo)

Aristóbulo Ruiz Montaña demandó a Ramón Castro para que se hicieran varias declaraciones que pueden resumirse así:

A)—Es nulo el registro de la escritura 480 de 8 de julio de 1929, otorgada en la notaría 2ª de Tunja, y nulo el contrato de hipoteca contenido en esa escritura no inscrita en el correspondiente circuito.

B)—Los inmuebles expresados en tal escritura, entre ellos el de la vereda de "Sota", no sufren el gravamen hipotecario que allí se expresa y por tanto debe ordenarse la cancelación del registro.

C)—El terreno ubicado en la vereda de "Sota" pertenece al actor, debe desembargarse y está libre de cualesquiera gravámenes y condiciones que por causa de la escritura 480 limiten o resuelvan su dominio.

Ch)—Debe condenarse en costas al demandado.

Son estos los hechos fundamentales de la demanda, también resumidos:

1º—Por la ordenanza 30 de 1929, expedida por la asamblea de Tunja, fue creado un circuito de notaría y registro compuesto de Chiriví y Ventaquemada, con cabecera en esta última población.

2º—La ordenanza 30 fue dictada el 27 de abril, sancionada el 10 de mayo, publicada y promulgada el 12 de junio, fechas todas del año de 1929, y entró a regir el día de su promulgación.

3º—Por decreto 374 de 11 de julio de 1929, expedido por el gobernador de Tunja, fueron nombrados registradores de Ventaquemada, principal y suplente en su orden, Antonio Pacateque y Abelardo Cárdenas, el último de los cuales tomó posesión de su cargo el 13 de julio siguiente.

4º—Por la escritura 480 de 8 de julio de 1929, Ricardo Cárdenas se declaró deudor del Banco de Bogotá por $ 2,800.00, e hipotecó en favor de éste un inmueble ubicado en Ventaquemada. El banco cedió este crédito al demandado Ramón Castro.

5º—El 15 de julio de 1929, vigente ya la ordenanza 30 y posesionado el registrador de Ventaquemada, se efectuó en Turmequé el registro de la escritura 480, no obstante hallarse los inmuebles hipotecados en lugares que desde el 12 de junio dejaron de pertenecer al círculo en donde se hizo la inscripción.

6º—El terreno ubicado en la vereda de "Sota" figura entre los bienes hipotecados, y pertenece al actor por compra hecha a Florinda López de Cárdenas, según la escritura 597 de 19 de julio de 1934, otorgada en la notaría 1ª de Tunja.

El juzgado 4º del circuito de Tunja profirió sentencia absolutoria, reformada por el tribunal en el sentido de decidir que al actor le pertenece el terreno de "Sota".

El recurrente alegó estas causales de casación:

1ª—Errónea interpretación del artículo 109 de la ley 4ª de 1913, porque entendió el sentenciador que para la vigencia de una ordenanza en fecha distinta de la en que se cumplen los treinta días de ley, es necesario que la asamblea dé un reglamento sobre el caso, por no tener ella la atribución de definir ese punto en el mismo cuerpo de la or-

denanza. Hubiera interpretado bien el artículo 109, y habría admitido que la ordenanza 30 de 10 de mayo de 1929 entró a regir el 12 de junio, fecha de su publicación.

2ª—Error de hecho consistente en no haber apreciado la ordenanza 30, que en su artículo 2º fija el día de su vigencia.

3ª—Error de hecho al apreciar la copia del acta de posesión del registrador de Ventaquemada, con la cual se demuestra que éste principió a ejercer su cargo desde el 13 de julio de 1929.

4ª—Aplicación indebida del artículo 62 de la ley 4ª de 1913. Por interpretar erróneamente el artículo 109, aplicó mal el 62, pues desatendiendo el texto de la ordenanza buscó el día de su vigencia mediante un cómputo de los que siguieron a la publicación y descontó los feriados y de vacantes como lo previene el artículo indebidamente aplicado.

5ª—Aplicación indebida del artículo 2653 del código civil, pues entendió que los fines del registro se realizan por la inscripción en oficina distinta de la correspondiente al lugar donde estén ubicados los inmuebles. Por la misma razón aplicó indebidamente los artículos 2648 y 2659 del código civil, pues creyó que por no haber sido abiertos los libros en Ventaquemada, el registrador de este lugar no había empezado a ejercer su cargo.

3ª—Violación de los artículos 251 del código político y municipal, 2653, 2673, 2674 y sus concordantes del código civil y 15 de la ley 95 de 1890. Del artículo 251, porque todo funcionario entra a ejercer su cargo mediante el juramento que presta al posesionarse. Del artículo 2653, porque el registro de una hipoteca se hace en el círculo en donde el inmueble está ubicado. Del artículo 2673, porque ninguno de los títulos sujetos a la inscripción hace fe si no ha sido registrado en la respectiva o respectivas oficinas. Del artículo 15, porque la nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato. No dice por qué violó el artículo 2674.

El tribunal de Tunja sintetiza de este modo lo principal de la controversia:

"Alega el actor que habiéndose creado por la ordenanza Nº 30 de 1929 el circuito de notaría y registro de Ventaquemada, y estando la finca hipotecada en dicho municipio, el registro de la hipoteca ha debido hacerse en Ventaquemada y no en Turmequé, dado que cuando se otorgó la escritura 480, estaba en vigencia la aludida ordenanza".

Planteado así el problema, la sentencia lo resuelve declarando válido el registro y sustenta su resolución con estos argumentos:

1º—Aunque la ordenanza 30 dispuso que ella regiría desde su promulgación, no era dable ponerla en vigor desde que fue publicada sino treinta días después de inserta en el periódico oficial, porque para prescindir de ese término sería necesario demostrar que la asamblea usó del poder que le otorga el artículo 109 de la ley 4ª de 1913, "reglamentando en forma general la materia relacionada con la fecha en que debían entrar en vigor las ordenanzas emanadas de aquella entidad". Mas como no hubiese reglamentación, la ordenanza sólo pudo regir treinta días después de ser publicada en "El Boyacense". Si no podía entrar en vigencia hasta que hubieran transcurrido los treinta días consabidos, y si de éstos han de descontarse los feriados y de vacantes, la ordenanza empezó a regir el 16 de julio, esto es, al día siguiente de aquél en que la escritura 480 fue registrada en el antiguo círculo de Turmequé.

2º—Si la institución del registro tiene por objeto dar mayor publicidad y autenticidad a los actos y contratos que mudan o limitan el dominio de los inmuebles y servir de medio de tradición de dichos bienes, parece incuestionable que en el presente caso esos fines se realizaban registrando en Turmequé aun cuando las fincas estuvieran en Chiriví y Ventaquemada, porque quien quisiera conocer el estado jurídico de ellas no tenía por qué consultar libros en una oficina aún no instalada, sino informarse en el circuito a que antes pertenecían tales fincas.

3º—Si se acepta que la ordenanza empezó a regir el 12 de junio de 1929, día de su publicación en "El Boyacense", ella no vino a cumplirse sino el 17 de julio, día en que el registrador abrió sus libros, pues antes de esta apertura no existía en Ventaquemada oficina de registro y su inexistencia equivalía a no haber comenzado el vigor de la ordenanza.

4º—Nada significa en contrario la circunstancia de que el registrador suplente se posesionara dos días antes de efectuado el registro, porque la sola posesión no significa que se haya entrado a ejercer funciones, y porque ese suplente se limitó a posesionarse pero no abrió libros. La oficina no principió a prestar servicios al público antes del 16 de julio de 1929.

Conviene grabar estas fechas correspondientes al año de 1929:

12 de junio.—Se publica la ordenanza 30.

8 de julio.—Se otorga la escritura 480.

11 de julio.—Se nombra registradores de Ventaquemada, principal y suplente.

13 de julio.—Se posesiona el registrador suplente.

15 de julio.—Se hacen en Turmequé las últimas inscripciones, y entre éstas la de la escritura 480.

16 de julio.—Se posesiona el registrador principal y en ese día se abre la oficina de registro de Ventaquemada.

23 de julio.—Se abre el libro número 1º en la oficina de registro de Ventaquemada.

19 de agosto.—Se abre el libro de anotación de hipotecas en la oficina de registro de Ventaquemada.

La corte considera:

Si el fallo del tribunal tuviese por único fundamento no ser posible aplicar desde su promulgación la ordenanza 30, como ésta lo prescribe en el artículo 2º, a causa de que la asamblea no ha reglamentado lo referente a la vigencia extraordinaria de sus leyes, sería forzoso casar ese fallo porque echando menos ese reglamento violó el artículo 109 del código político, pues cayó en el error de interpretar dicha norma como si exigiera una reglamentación general, distinta de la que se consigne en cada una de las ordenanzas cuyo vigor ha de preceder o seguir al vencimiento de los treinta días.

También caería la sentencia si, movido el primero de sus puntales, subsistiese como único sostén suyo el argumento de que la publicidad y autenticidad de los actos y contratos sobre gravamen de las fincas, son fines que en la ocurrencia del pleito no sufrirían menoscabo porque nadie quisiera consultar libros en oficina aún no instalada, sino en el círculo a que antes pertenecían los bienes. Ningún fuerte apoyo es tal razonamiento, porque si se averiguara que la ordenanza era ya observable el 15 de julio, fluiría la conclusión de que el gravamen sobre bien ubicado dentro del nuevo círculo debió ser inscrito en Ventaquemada y no en Turmequé. Pero sí es juicioso el punto de vista del fallo en cuanto no hay duda de que la persona que investigara por el estado de un inmueble de Turmequé, tomaría en cuenta la certificación de la oficina de este lugar hasta el 15 de julio y la del registrador de Ventaquemada desde el 16, día en que éste abrió su despacho.

Pero los dos últimos soportes del fallo, o mejor, su último fundamento, formado por los considerandos 3º y 4º, sí son eficaces para sustentarlo.

En Chile y en otros países se distingue la promulgación de la publicación. La primera es el acto en que el presidente de la república hace saber la ley; la segunda es el medio material de poner en conocimiento la voluntad del legislador.

En Colombia promulgar y publicar expresan una misma idea: insertar la ley en el periódico oficial, y se entiende consumado el fenómeno en la fecha del número en que termina la inserción. Concluída ésta principia su observancia, dos meses después si la ley es nacional y treinta días después si departamental. Sin embargo, puede reglamentarse este punto. Fue justamente lo hecho por la asamblea de Boyacá en la ordenanza 30, pues dijo regiría desde su promulgación. Y fue promulgada el 12 de junio.

El ideal hubiera sido que el 12 de junio se posesionase y abriese libros el registrador de Ventaquemada. Empero, no fue así como se procedió. El registrador fue nombrado el 11 de julio, días después de regir la ordenanza; se posesionó el 13; abrió oficina el 16; abrió el libro número 1º el 23; abrió el libro de hipotecas el 19 de agosto. La gobernación empleó un tiempo en cumplir la ordenanza. Durante ese tiempo fue otorgada la escritura de hipoteca Nº 480. El registrador estuvo en mora de abrir sus libros. Durante esa mora fue inscrita la mencionada escritura.

Desde el 12 de junio la ordenanza era ya "ejecutoria", como se dice en tecnología francesa, pero no quedó plenamente "ejecutada" hasta el 19 de agosto siguiente, en que fue abierto el libro de hipotecas.

Cuando el gobernador sanciona en forma legal un proyecto acordado por la asamblea, para elevarlo a la categoría de ordenanza, dispone imperativamente que sea publicado y ejecutado. "Publíquese y ejecútese" es la fórmula ritual. El primer extremo del imperativo significa inserción en el periódico oficial. Fue cumplido. El segundo extremo significa en estos actos de doble acción, una administrativa y otra civil, el cumplimiento de condiciones oficiales y de obligaciones particulares. El "ejecútese" obligó al tribunal de Boyacá, a la gobernación y al presunto registrador. Al primero, a que formara la terna de registradores; al segundo, a que nombrara dentro de esa terna; al tercero, a que se posesionara, si aceptaba el puesto, y a que abriera sus libros. Fue

narse oportunamente. Ese mismo "ejecúteso" impuso a los asociados el registrar sus escrituras de hipoteca (no se habla de otras porque interesa concretar el caso) en la oficina de Ventaquemada, si los inmuebles gravados se hallan dentro del nuevo círculo. Obligaciones particulares que deberían cumplirse si se quería la eficacia del registro. Pero si la oportunidad para el cumplimiento de las funciones oficiales procedía de estar vigente la ordenanza, la actividad de los particulares estaba condicionada a la realización de aquellos actos administrativos: formar terna, hacer nombramiento, posesionarse, abrir libros. Mientras no hubiera en Ventaquemada, al servicio del público, una oficina de registro a cargo de empleado competente, resultaba imposible inscribir en la cabecera del nuevo circuito. Estaba vigente la ordenanza pero los particulares no podían observarla. Esto se ve con mayor claridad si se piensa que entre el 12 de junio, día en que empezó a regir la ordenanza, y el 11 de julio, día en que fue nombrado el registrador, corrió un tiempo durante el cual es notorio que no podían inscribirse escrituras en Ventaquemada porque no había allí libros de registro, ni siquiera oficina, ni siquiera registrador. Tal antecedente hace ver muy a las claras cómo una cosa es la vigencia en abstracto y otra cosa la observancia en concreto. Demuestra lo ocurrido en el caso de autos, aunque menos patentemente, que ya en vigor el acto de la asamblea, era imposible observarlo porque no se concibe la inscripción como anterior a la apertura del libro en donde deba efectuarse. El artículo 2553 del código civil supone la existencia de una "oficina de registro". Se ha presentado, pues, cierta situación jurídica que la regla general no contempló.

La distinción que hace la corte entre vigencia y observancia tiene su apoyo en el artículo 55 del código político.

Si las leyes pueden en algunos casos tener efecto retroactivo, también pueden tenerlo sobreviviente. Y fue así como una ordenanza boyacense, modificada por la número 30 de 1929, continuó aplicándose porque la no realización de condiciones oficiales constituía un obstáculo, semejante a los previstos por el artículo 53 del código político, para que la observancia de la nueva ley departamental principiara juntamente con su vigencia.

Todo ello porque dentro de un sano régimen administrativo corresponde a la administración, como intermediario entre el legislador y los ciudadanos, contribuir al cumplimiento de las leyes.

El gobernador debía proveer a la vigencia y a la observancia de la ordenanza 30 de 1929. De qué manera? Publicándola; pidiendo al tribunal que le presentara terna de registradores; nombrando uno de los propuestos; velando porque el escogido acepmedio de sus agentes, la aplicación de esa tara el cargo, instalara la oficina y abriera los libros; asegurando en fin, por sí o por ley departamental. Dice la carta que al gobernador le corresponde dirigir la acción administrativa dictando las providencias necesarias en todos los ramos de la administración. Los particulares no están obligados a promover el empleo de tales medios. Su conducta es pasiva. Asegurado el cumplimiento de la norma, han de someterse a ella estrictamente. Antes no. Se les pediría lo imposible.

Más todavía: una ordenanza como la que se estudia exige cierto desarrollo administrativo posterior a su vigencia, desarrollo que se cumple por grados. La observancia principia para el público cuando el servicio queda establecido.

Si se dijera que disponiendo el acreedor hipotecario de 90 días para inscribir su título, no le urgía hacerlo antes que venciera ese plazo bastaría replicar: el registro es formalidad esencial para la validez de la hipoteca; no está obligado un acreedor a postergar el perfeccionamiento de su garantía; la tardanza en cumplir el requisito de ella inscripción puede desmejorar su derecho hipotecario, subordinándolo a la efectividad de otros gravámenes inscritos durante la mora. En el caso de autos no era posible afirmar que el transcurso de más de treinta días antes de funcionar la oficina y de más de sesenta antes de abrirse el libro de hipotecas, jamás pudiera exceder de los noventa días a contar de la fecha en que fue otorgado el título constitutivo del gravamen. Un acreedor cuidadoso inscribe cuanto antes el instrumento en que consta su derecho de hipoteca. Con mayor razón si maneja intereses ajenos, como les ocurre a los bancos. Y lo inscribe en los libros que haya abiertos al tiempo del registro. Tiempus regit actum. Los libros de Turmequé no quedaron jurídicamente clausurados para los inmuebles segregados de su territorio sino por la apertura de los libros de Ventaquemada. En el funcionamiento del registro no se conciben soluciones de contiuidad. Serían contrarias a la organización jurídica y al régimen del dominio sobre los bienes raíces.

La corte examina en su orden las causales aducidas:

1ª—Fue erróneamente interpretado el artículo 109 de la ley 4ª de 1913, pero a pesar re seta inrpretación errónea, el fallo se sostiene sobre las otras bases a que se ha aludido. Aparece justificada esta causal, más no alcanza a desquiciar el fallo porque con ella no se ataca sino uno de sus fundamentos.

2ª—No incurrió el tribunal en error de hecho al apreciar el artículo 2º de la ordenanza 30, sino que, muy al contrario, acertó entendiendo que aquélla "no vino a cumplirse sino el día en que el registrador nombrado abrió los libros respectivos, o sea el 17 de julio (está errada esta fecha), puesto que antes no existía oficina de registro en Ventaquemada, y la falta de tal oficina allí equivalía de hecho a que no había comenzado el rigor de la ordenanza".

Se desecha.

3ª—No incurrió el tribunal en error de hecho al apreciar la copia del acta de posesión del registrador de Ventaquemada, pues, aun cuando éste se posesionó desde el 13 de julio, la oficina no fue abierta sino el 16 y el libro de anotación de hipoteca no fué abierto sino el 19 de agosto. Ya se ha dicho que una cosa es la vigencia y otra la observancia.

Se desecha.

4ª—La indebida aplicación del artículo 62, como consecuencia de la errónea interpretación del artículo 109, ambos de la ley 4ª de 1913, aunque innegable, no desencaja el fallo; éste se mantiene en su quicio sostenido por el argumento a que se aludió en el estudio de la causal anterior.

Se desecha.

5ª—Aunque haya sido indebidamente aplicado el artículo 2653 del código civil, el fallo se sostiene en el soporte dicho. En cuanto a los artículos 2648 y 2650 de la misma obra, ya se observó que mientras no estuviera abierto en Ventaquemada el libro de anotación de hipotecas, era imposible inscribir en la oficina de ese lugar gravámenes hipotecarios.

Se desecha.

6ª—Queda estudiada en las anteriores.

Se desecha.

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 casa la sentencia recurrida.

Condénase en costas al recurrente.

Notifíquese, publíquese, cópiese, insértese en la gaceta judicial y devuélvae el expediente al tribunal de su origen.

Antonio Rocha, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J., Juan Francisco Mújica, Arturo Tapias Pilonieta.

Pedro León Rincón, secretario en propiedad.

ACCION DE DOMINIO Y CONTRADEMANDA. — POSESION ANTERIOR AL TITULO DEL DEMANDANTE

1—La simple posesión material produce una situación estable, por lo mismo que engendra en favor del poseedor la presunción de dueño, merece la protección de la ley, la que para los bienes raíces creó las acciones posesorias, y para toda clase de bienes la usucapión mediante la cual el dominio deja de ser una presunción para convertirse en un derecho erga omnes. Como se ve el poseedor tiene una situación privilegiada, por cuanto sólo mediante una acción judicial fundada en derecho está expuesto a perder esa calidad. En todos los litigios en que se lo dispute la cosa poseída actúa como demandado, y en el demandante a quien corresponde suministrar la prueba de su mejor derecho. Y en caso de que de uno y otro lado se presenten elementos de convicción iguales, el poseedor es absuelto.—2—Este principio no se quiebra cuando a la posesión material de un inmueble se enfrenta un título escriturario otorgado con posterioridad a los orígenes de esa posesión, y siempre que éste emane de fuentes distintas de donde el demandante deriva sus derechos. En tal caso, ese título no ha podido trasmitir un derecho de propiedad de que carece el otorgante o vendedor, derecho que desde antes del título mencionado en cabeza del poseedor por virtud de la presunción legal de dueño.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil. Bogotá, treinta de abril de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Arturo Tapias Pilonieta).

HECHOS

Por instrumento público número 243 de fecha 18 de marzo de 1927, otorgado ante el Notario de Ibagué, el señor Mauricio Bonilla adquirió en compra de Arturo Sánchez, el derecho de dominio y posesión que éste tenía sobre una finca raíz denominada "La Retirada" compuesta de un lote de terreno con casa habitación de construcción de bahareque, sementeras de café, cacao, plátano, caña de azúcar, trapiche, etc., ubicada en la fracción de La Retirada, jurisdicción del municipio de Miraflores, alinderada como lo expresa ese título.

Basado principalmente en esta escritura Mauricio Bonilla, vecino del municipio de Rovira, anteriormente Miraflores, propuso contra David Olave una demanda en juicio ordinario para que se le condenara al tenor de las siguientes declaraciones:

"1ª Que es nulo y de ningún valor y efecto, todo acto, contrato y transmisión de dominio del inmueble "La Retirada", posterior a la escritura o título traslaticio de dominio marcado con el número 243, otorgado a mi favor por Arturo Sánchez P. en la Notaría primera de Ibagué, el ocho de marzo de mil novecientos veintisiete y registrada el primero de abril del mismo año (1927), que en tres (3) fojas útiles acompaño.

2ª Que la expresada finca "La Retirada" pertenece a Mauricio Bonilla, de las condiciones civiles expresadas al tenor de la escritura anotada en el punto anterior.

3ª Que se ordene a mi demandado David Olave, a restituirme dentro de tres días siguientes a la notificación de la sentencia, el mismo globo de tierra o finca "La Retirada" a que se refiere esta demanda, por los linderos expresados en el título base de ésta, y de que se ha hecho referencia.

4ª Que se condene igualmente a mi demandado Olave a restituirme los frutos naturales y civiles del terreno "La Retirada" ocupado como poseedor de mala fe, y en defecto de éstos al pago del respectivo valor;

5ª Que no hay lugar a prescripción de ninguna clase en el dominio que allí tengo con relación al terreno o finca de "La Retirada", según los comprobantes que se acompañan; y

6ª Que se condene a mi demandado Olave al pago de las costas del juicio".

Olave contestó la demanda diciendo que como Arturo Sánchez nunca ha sido poseedor de la finca denominada "La Retirada" que le vendió a Mauricio Bonilla, tampoco pudo trasferirle ese derecho al comprador ni entregársela materialmente, pues la posesión la han tenido siempre Olave y sus antecesores. Y fundado Olave en que por escritura número 47 de 18 de junio de 1932, de la Notaría de Rovira otorgada con anterioridad a la presentación de la demanda, le vendió la misma finca a Teodoro Sánchez, le denunció el pleito a éste, en memorial que el juez encontró aceptable.

Teodoro Sánchez contestó la demanda repitiendo las mismas razones que dice Olave. Además contrademandó a Mauricio Bonilla para obtener estas dos declaraciones: que conforme a la escritura número 47 de 18 de junio de 1932, anteriormente citada, por medio de la cual le compró a Olave la

finca 'La Retirada', es dueño de este inmueble; y que Mauricio Bonilla no adquirió el dominio de la misma finca por medio de la escritura número 243 de 18 de marzo de 1927.

Para impetrar estas declaraciones fundóse en que él, Teodoro Sánchez y sus antecesores, han poseído continuamente "La Retirada".

El juez del conocimiento primero del circuito de Ibagué declaró el dominio en favor de Mauricio Bonilla y le ordenó a Teodoro Sánchez la restitución del inmueble con las prestaciones consiguientes. El tribunal de Ibagué revocó este fallo; absolvió tanto a David Olave como a Teodoro Sánchez de la demanda de Mauricio Bonilla; declaró que a Teodoro Sánchez corresponde la propiedad de la finca "La Retirada", de acuerdo con la escritura número 47 de 18 de junio de 1932; y que la escritura 243 de 18 de marzo de 1927, con que se había presentado Mauricio Bonilla a reivindicar había sido ineficaz para trasmitirle el dominio de "La Retirada".

SENTENCIA ACUSADA

El tribunal después de hacer la enumeración de los elementos probatorios que las partes aportaron al debate dedujo de ello la conclusión siguiente, que es el sustentáculo de la parte dispositiva:

Que en cuanto a instrumentos públicos el presentado por Mauricio Bonilla es anterior al título de Olave; pero como éste acreditó, con declaraciones de testigos y otras pruebas, que sus antecesores mantenían la posesión material desde antes del instrumento público otorgado a Bonilla por Arturo Sánchez en el año de 1927, y como Bonilla tampoco adujo testimonio alguno de haber tenido en alguna época la posesión material de "La Retirada", en presencia de dos títulos que emanan de distintas fuentes ha de dársele prevalencia a la posesión material.

El sentenciador cita en su apoyo las doctrinas contenidas en las sentencias de casación de 30 de mayo de 1912 y 31 de marzo de 1930. Según la primera "cuando el título exhibido por el reivindicador de un inmueble y el que presenta el demandado proceden de una misma fuente, para decidir la controversia sobre la propiedad de un inmueble se hace preciso atender a la propiedad en la época de la tradición. Pero cuando los títulos emanan de distinto origen sin que conste cuál adquirió la cosa del verdadero dueño deben considerarse ambos en igual situación jurídica respecto del dominio de la finca, y por lo tanto se impone en este caso la aplicación del principio in pari causa, melior est causa possidentis".

RECURSO DE CASACION

1º El recurrente alega como causal de casación la primera de las enumeradas en el artículo 520 del código judicial, o sea, la de ser la sentencia violatoria de la ley sustantiva. Desarrolla así el cargo:

El Tribunal violó los artículos 752, 756, 772, 778, 780 y 2526 del Código Civil, por mala apreciación de la prueba en que el demandante Bonilla fundó su demanda, consistente en la escritura pública número 243 de 18 de marzo de 1927. Este título es de preferente aplicación a los exhibidos por el demandado por dos razones: haber sido registrado antes que éstos; y porque el dominio de las fincas raíces sólo se trasmite mediante la inscripción o registro del respectivo título. Por lo tanto el Tribunal incidió en error de derecho al no asignarle a aquella escritura el mérito que le atribuye el artículo 1759 del mismo código, disposición que por este aspecto también fue quebrantada en la sentencia. El Tribunal, apoyándose en la sentencia de esta Corte citada atrás, que encontró hecha sobre medidas para resolver el caso, partió de una base falsa y fue la de considerar en igual situación jurídica los títulos del demandante y los del demandado, siendo así que la inscripción del título del demandante es muy anterior a la del título del demandado; de lo cual el recurrente deduce también la infracción del artículo 2637 del Código Civil, numeral primero; y la del artículo 789, porque la posesión inscrita no cesa mientras no se cancele por medio de otra inscripción en que el poseedor inscrito transfiere su derecho.

* * *

Partiendo la Corte de la base de que David Olave y Teodoro Sánchez derivan la posesión material sobre el inmueble "La Retirada" de época muy anterior a la del año de 1927 en que Arturo Sánchez le otorgó a Mauricio Bonilla el título con que Bonilla intenta la acción reivindicatoria, hecho que no fue sometido a casación y el Tribunal acepta como uno de los fundamentos del fallo, la Corte pasa a considerar las violaciones de la ley sustantiva denunciadas, teniendo en cuenta además que tal acusación se concreta en síntesis a sostener que siendo el título del reivindicador demandante creado y registrado primero que los títulos escriturarios de los demandados, los efectos del primero prevalecen sobre los del segun-

do, de acuerdo con todo el conjunto de disposiciones que se dicen violadas.

La posesión material es un estado de hecho generador de derechos concretos para el poseedor. El primero y más fundamental de todos lo consagra el ordinal 2º del artículo 762 del Código Civil que establece la presunción simplemente legal, de que el poseedor es reputado dueño mientras otra persona no justifique serlo. Para consagrar esta protección la ley se funda en que es lo natural que las cosas deben ser poseídas por su dueño y en que el hecho contrario obedece siempre a estados excepcionales, que el legislador trata de corregir con la acción reivindicatoria.

La simple posesión material, producto de una situación estable, por lo mismo que engendra en favor del poseedor la presunción de dueño, merece la protección de la ley, la que para los bienes raíces creó las acciones posesorias, y para toda clase de bienes la usucapión mediante la cual el dominio deja de ser una presunción para convertirse en un derecho erga omnes.

Como se ve el poseedor tiene una posición privilegiada, por cuanto sólo mediante una acción judicial fundada en derecho está expuesto a perder esa calidad. En todos los litigios en que se le disputa la cosa poseída actúa como demandado, y es al demandante a quien corresponde suministrar la prueba de su mejor derecho. Y en caso de que de uno y otro lado se presenten elementos de convicción iguales, el poseedor es absuelto, conforme lo expresó la Corte en la sentencia materia del recurso, en aplicación del principio in pari causa, melior est conditio possidentis.

Este principio no se quiebra cuando a la posesión material de un inmueble se enfrenta un título escriturario otorgado con posterioridad a los orígenes de esa posesión, y siempre que ésta emane de fuentes distintas de donde el demandante deriva sus derechos. En tal caso, ese título no ha podido trasmitir un derecho de propiedad de que carece el otorgante o vendedor, derecho que desde antes del título radicaba en cabeza del poseedor por virtud de la presunción legal de dueño. Es decir, que la sola creación de un título de propiedad, a que es ajeno el poseedor, carece de virtud suficiente para generar y trasmitir un derecho que no está entre el conjunto de bienes del patrimonio del trasmitente. Por eso con razón enseña el artículo 752 del Código Civil que por la tradición de una cosa de una persona a otra, no se adquieren más derechos que los trasmisibles del mismo tradente. Y esto es obvio según el principio de razón de que nadie puede dar lo que no tiene.

De aquí que el sentenciador no violara el mencionado artículo 752, respecto del cual tan sólo se limitó a atribuírle todos sus efectos en el caso especial del pleito en que el mismo sentenciador empezó por declarar que el título del demandado, la posesión material que aparecía acreditada en el expediente, anterior al título escriturario del demandante, prevalecía, imponiendo su reconocimiento expreso.

La doctrina y la jurisprudencia son unánimes en la aceptación del principio en que se inspiró el fallador. En fallo de casación de 30 de junio de 1919, GACETA JUDICIAL, Tomo 27, pág. 215, dijo esta Corte: "Un título inscrito de cualquier origen puede aducirse por el reivindicador contra quien retiene la cosa demandada, a menos que éste le oponga otro título o una posesión anterior".

En sentencia de 26 de febrero de 1936, publicada en el número 1907 y 1908 de GACETA JUDICIAL, dijo también la Corte:

"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".

Y en sentencia de 30 de octubre de 1935, publicada en el número de la GACETA JUDICIAL anteriormente citado, sostuvo también la Corte: "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".

Por idéntica razón el Tribunal colocóse dentro de la ley desestimando, como desestimó, la escritura número 243, por medio de la cual el demandante Bonilla compró el terreno de "La Retirada". Como el tradente no era dueño de ese inmueble —no aparece que lo fuera a tiempo de la trasmisión —tampoco pudo trasmitir el derecho de dominio. De aquí que es infundada la acusación que recae sobre el supuesto error de derecho en la apreciación de aquella escritura. Y más infundado aún el otro aspecto de la acusación apoyado en mala o equivocada apreciación de los títulos escriturarios de la parte demandada, que no podían prevalecer sobre los del demandante, de fecha y registro anterior. Porque el sentenciador tomó como principal elemento para negar la demanda no tanto las escrituras exhibidas por el demandado, sino la circunstancia de su posesión material. El fallo dice —en concepto que tiende a resumir la posición demostrada en cada una de las partes en el pleito y que no ha sido desvirtuado en casación—; "Teniendo, pues, dos títulos que emanan de distintas fuentes, demandante y demandado, ha de dársele preeminencia a la posesión material".

Cierto que el artículo 789 del Código Civil dispone que la posesión inscrita no cesa mientras no se cancele por medio de otra inscripción en que el poseedor inscrito trasfiere su derecho a otro. Pero esta disposición no pudo tenerla en cuenta el Tribunal, desde que la inscripción que se hizo en favor de Bonilla fue posterior a la posesión material de los demandados. De esta manera la inscripción de la escritura presentada por Bonilla careció del efecto de aniquilar los derechos del poseedor material, pues ese no es el alcance del artículo 789, cuya aplicación debe guardar la necesaria armonía con los preceptos que amparan a ese poseedor, quien, como es sabido, cuando ha poseído tranquila y pacíficamente la cosa por un año completo, está revestido por el mismo Código Civil, de poder suficiente para vencer aún al poseedor con título inscrito, en el ejercicio de las acciones posesorias.

De todo lo dicho se deduce que el sentenciador tampoco violó los artículos 946 a 952 y 980 del Código Civil, por el aspecto indicado por el recurrente, pues estuvo lejos de desconocer las dos condiciones a que se subordina el ejercicio de la acción reivindicatoria: que el actor sea propietario y el demandado sea poseedor. Precisamente porque todos esos preceptos estuvieron bien aplicados resultó venciendo el poseedor demandado a mérito de un derecho preferente al del demandante, quien para acreditar el dominio exhibió título escrito insuficiente a darle ese dominio en relación con aquél.

* * *

2º Lanza el recurrente su último cargo, declarando que se quebrantó el artículo 12 de la ley 120 de 1928 que dice: "La sentencia que se pronuncie en el juicio sobre prescripción adquisitiva del dominio, no funda la excepción de cosa juzgada sino contra las personas que intervinieron como partes en el juicio". Y se quebrantó esta disposición porque el Tribunal "al considerar en igual situación jurídica los títulos presentados por el demandante y por el demandado, lo que hizo fue dar igual valor al instrumento traído por la parte demandada número 352 de 10 de junio de 1931, de la Notaría 2ª de Ibagué, por el cual se protocolizó copia registrada de la sentencia de fecha 27 de octubre de 1930, proferida por el juez 2º del circuito de Ibagué, en el juicio ordinario promovido por David Olave contra Arturo Sánchez P. sobre reivindicación de "La Retirada", sentencia que se registró el 7 de marzo de 1931".

Para la Corte este cargo es infundado. El Tribunal sí tomó en cuenta la escritura mencionada, en que está protocolizada la sentencia pronunciada por el juzgado segundo del circuito de Ibagué, dictada a favor de David Olave el 27 de octubre de 1930 en el juicio ordinario de reivindicación promovido por Olave contra Arturo Sánchez, cuando ya éste se había desprendido del dominio de la finca, sentencia que declaró que

Olave había ganado por prescripción ordinaria la propiedad de "La Retirada"; hízolo no para tomar esa escritura como título de propiedad del demandado, sino como uno de los varios elementos de convicción que llevaron al Tribunal a conceptuar probada la posesión material del demandado desde tiempo anterior a la escritura de trasmisión con que Mauricio Bonilla se presentó a reivindicar.

Esos elementos son cuatro: tres declaraciones de testigos, las copias de un juicio posesorio que pidió Arturo Sánchez, el mencionado juicio posesorio que perdió Arturo Sánchez, el mencionado reivindicatorio y la actitud del demandante dejando de acreditar que en algún tiempo hubiera tenido la posesión material de "La Retirada".

Para la Corte la apreciación que hizo el Tribunal de semejante haz probatorio es intocable, como quiera que la acusación versa sobre la violación de la ley en cuanto el sentenciador, entre la posesión material del demandado y el título inscrito del demandante, dióle preferencia a aquélla so pretexto de ser anterior a ese título. Y ya vióse cómo ese concepto que descansa sobre el mérito de plena prueba que en concepto del Tribunal tienen aquellos cuatro elementos, no es equivocado. La acusación no proviene de acusación errónea o de falta de apreciación de todos o algunos de tales elementos, para que la Corte pueda franquear la puerta que condujera a revisar los mencionados medios.

FALLO

A 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 hay lugar a infirmar, y al efecto no infirma, la sentencia recurrida dictada por el Tribunal de Ibagué el 23 de agosto de 1935.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

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

Antonio Rocha, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J., Juan Francisco Mújica, Arturo Tapias Pilonieta, Pedro León Rincón, Srio. en pdad.

SALA DE CASACION EN LO CRIMINAL

HOMICIDIO EJECUTADO EN ESTADO DE EMBRIAGUEZ VOLUNTARIA

1—El recurso de casación en lo criminal persigue dos objetivos: uniformar la jurisprudencia y enmendar los agravios provenientes de una sentencia de última instancia, según los artículos 366 y 368 de la Ley 105 de 1890 y 149 de la Ley 40 de 1907. Leyes posteriores, como la 78 de 1923 y la 118 de 1931, esencialmente dejaron intactas esas finalidades.—2. La casación no se entiende interpuesta sino en lo desfavorable al recurrente.—3.—El artículo 29 del Código Penal no es aplicable al que ha matado en estado de embriaguez voluntaria.—4. La condenación al pago de perjuicios no constituye motivo de casación.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, abril nueve de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Salvador Iglesias).

El 15 de noviembre de 1935 el Tribunal Superior de Manizales reformó la sentencia del Juez 2º Superior de ese Distrito Judicial de fecha 25 de septiembre del mismo año.

La aludida sentencia condenó a Manuel García a la pena de ocho años y dos días de presidio. El Juzgado 2º Superior le había impuesto la pena corporal de doce meses y tres días de reclusión.

Los dos delitos por los cuales fue condenado el citado Manuel García son los de doble homicidio y heridas.

Contra la sentencia definitiva del Tribunal interpuso recurso de casación el defensor de García, señor doctor Fernando Londoño Londoño el 30 de noviembre de 1935, e invocó como causal el motivo 1º del artículo 3º de la Ley 118 de 1931 (indebida aplicación de la ley penal).

Por auto de 2 de diciembre de 1935 concedióselo el recurso, y así vino el proceso a la Corte, acompañado además de un alegato del señor defensor, en el cual sustenta la causal invocada y amplía los argumentos que cree pertinentes para apoyarla.

El señor doctor Guillermo Guingue Salazar, en su calidad de apoderado del reo, en la oportunidad debida y en el curso de la actuación ante la Corte, glosa en alegato de julio 1º de 1936, los argumentos del defensor de García sobre la causal 1ª, y concluye solicitando la invalidación del fallo, que ha de reemplazarse, en su sentir, por uno absolutorio, o en subsidio por la aplicación del artículo 613 del C. P., o sea por la imposición a Manuel García de la misma sanción de doce meses y tres días de reclusión, que le impuso la sentencia del Juez a quo.

El señor Procurador delegado, en su vista de 5 de agosto de 1936, conceptúa:

a) Que la disposición aplicable es la del artículo 610 del C. P. y no la del 611, sobre la cual construyó el Tribunal el fallo reformatorio del de primera instancia;

b) Que si bien es cierto que por el aspecto prosperaría la causal invocada, ello depende del acertado encajamiento del caso en el artículo 610 y no en el 611, pues el recurso no fue interpuesto por el Agente del Ministerio Público sino por el mismo condenado; y

c) Porque la sentencia que reemplazara el fallo castigaría al reo con una pena mayor que la impuesta, lo que sería perjudicial para el recurrente, y así se haría nugatorio el mismo recurso, establecido en favor de los acusados.

Apoyándose en estas razones que culminan en el motivo final anotado, el Procurador estima que la Corte debe mantener en firme la sentencia en cuanto a la pena principal; mas como ella condenó en perjuicios oficiosamente, violándose por el Tribunal el artículo 22 de la Ley 104 de 1922, hubo en la sentencia recurrida una errónea aplicación del artículo 87 del C. P., por lo cual, y por este aspecto pide la casación.

En atención a lo expuesto conviene fijar la modalidad del recurso.

La casación es un recurso por medio del cual pueden acusarse, en materia penal, las sentencias de última instancia pronunciadas por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y de las cuales resulta al reo la imposición de una pena, que sea o exceda de seis años de presidio, reclusión o prisión. (Artículos 519, Ley 105 de 1931 y 1º de la Ley 78 de 1923).

Dos objetivos persigue el recurso: uniformar la jurisprudencia y enmendar los agra-

vios provenientes de una sentencia de última instancia. Estatuyólo así expresamente la Ley 105 de 1890 en sus artículos 366 y 368. La Ley 40 de 1907 reafirmó estas finalidades en su artículo 149.

Leyes posteriores, la 78 de 1923 y la Ley 118 de 1931, si bien es cierto que no consignaron expresamente los dos fines aludidos, al modificar, en materia criminal, las causales por las cuales puede interponerse el recurso, esencialmente dejaron intactas esas finalidades, puesto que incumbe a la Corte Suprema de Justicia fijar la interpretación doctrinal, y porque esta entidad, al revisar los casos concretos, objeto del recurso, repara incidentalmente el agravio inferido, porque ya así vela por la recta aplicación de la ley penal o de la procedimental, refiérase al texto en sí mismo en su tenor literal, o ya al espíritu de ese mismo texto en la modalidad adecuada por la jurisprudencia, que forma, confirma y modifica la misma Corte.

Puesto que la casación es una acusación contra las sentencias definitivas de los Tribunales Superores de Distrito Judicial, este recurso es por su finalidad y por los motivos legales en que se fundamenta una verdadera demanda. Acúsase en ella la sentencia para obtener, en último análisis, la aplicación recta de la ley violada por indebida aplicación del texto legal o por mala interpretación del mismo, según el caso, que a tipos o a especies de un delito, señala en sus preceptos la ley sustantiva penal.

Visto lo anterior, el proceso en estudio se concreta así:

El Juzgado 2º Superior abrió causa criminal contra Manuel García por el delito de heridas en la persona de Raimundo Arenas; y por sendos delitos de homicidio en las personas de Arturo Vélez y Serapio Ceferino.

Propuestos los cuestionarios correspondienes, sus veredictos fueron como sigue:

El relativo a Raimundo Arenas, negativo.

El referente a la muerte de Arturo Vélez, negativo.

El relacionado a Serapio Ceferino, negativo.

Y uno, el tendiente a las circunstancias de asesinato en la muerte violenta de Arturo Vélez, también negativo.

Es de observarse que en los dos primeros veredictos y en el cuarto, tres de los Jurados dieron su respuesta con un simple no, y los dos restantes, de modo afirmativo, pero con la adición involuntariamente.

En el tercero, el relacionado con las circunstancias de asesinato sobre la muerte de Arturo Vélez, la respuesta negativa fue unánime.

Basado en estos veredictos el Juzgado 2º Superior de Manizales absolvió al procesado García de los cargos formulados en el auto de proceder; aplicó el artículo 29 del C. P. porque consideró que no era una embriaguez voluntaria la causa que había determinado los actos imputados.

El Tribunal Superior, por providencia de 7 de mayo de 1935, declaró notoriamente injusto el veredicto del Jurado. Hizo para ello uso de la facultad conferida por el artículo 61 de la Ley 169 de 1896, y dispuso consecuencialmente la convocatoria de un nuevo Jurado.

A este nuevo Jurado propuso el Juez cinco cuestiones.

La primera relativa a Raimundo Arenas sobre heridas. La segunda referente a la muerte de Arturo Vélez. La tercera a las circunstancias características del asesinato en este último hecho. La cuarta relacionada con la muerte de Serapio Ceferino, y la quinta sobre esta última cuestión, para considerar las circunstancias agravantes de ella.

El quinto y el tercero de estos cuestionarios los contestó por unanimidad y negativamente el Jurado.

Los cuestionarios primero, segundo y cuarto (heridas a Raimundo Arenas, homicidio de Arturo Vélez y homicidio de Serapio Ceferino) los absolvió el Jurado en estos términos:

"Sí, pero involuntariamente".

Sobre estas respuestas el Juez, conceptuando que los homicidios deberían catalogarse como culposos, pues la adición involuntariamente había de estimarse como integral en la respuesta, aplicó el artículo 613 del C. P., y calificando los delitos en tercer grado, condenó al reo a la pena principal de doce meses y trece días de reclusión.

El Tribunal, al revisar el fallo por apelación interpuesta por el Fiscal, aplicó el artículo 611, reformándolo en el sentido de fijar la pena principal en ocho y dos días de presidio.

La causal invocada, como ya se dijo, es la 1ª del artículo 2º de la Ley 118 de 1931: violación de la ley penal por mala interpretación y aplicación indebida.

A este respecto en el alegato presentado ante la Corte, dice así el defensor del reo:

"El error fundamental del Tribunal consistió en la mala interpretación del término involuntario, puesto que, a pesar de la clara disposición del artículo 588, que en lo perti-

nente dice: 'El homicidio es involuntario cuando el homicida no tuvo intención de causar la muerte', y pudiéndose conocer esta intención, por los medios estatuídos en el mismo artículo y que dice: 'Esto se conocerá por las circunstancias que precedieron, acompañaron o siguieron al hecho; por la clase y naturaleza de las armas e instrumentos empleados en él; por el sitio, naturaleza y extensión de las heridas o golpes que produjeron la muerte; y por los demás medios que puedan dar a conocer las intenciones que precedieron a la ejecución del hecho', el Tribunal declaró ser desconocida la intención del reo, no obstante estar claramente demostrado, según manifestación hecha por el señor Fiscal, por el Juez de la causa y por el mismo Tribunal, cuando a folios 179 acoge y prohija lo dicho por el señor Juez cuando manifiesta que el mal que causara García no debía ser otro que la muerte, puesto que las circunstancias que precedieron, acompañaron y siguieron a los hechos (heridas y muertes), y el arma empleada (un cuchillo grande), demuestran a todas luces y de manera incontrovertible de acuerdo con el artículo transcrito, que se está en presencia de elementos, que demuestran irrefutablemente, que en el caso de haberse obrado con intención, ésta no podría admitirse distinta de la de causar la muerte.

"Por otro aspecto, como se desprende de la narración de los hechos, el recurrente sí obró con circunstancias de asesinato, y no otra interpretación podía darse a la manera como atacó y como hirió y mató a las víctimas en este proceso; y si la cosa es así, hay que dar aplicación, si se quiere interpretar la ley, a lo dispuesto por el artículo 590 del ya citado Código Penal, cuando habla así: 'Hay dos clases de homicidio involuntario: el uno, cuando el homicida se propuso causar al agredido un mal diverso de la muerte y el otro, cuando no se propuso causar daño alguno'

'En el homicidio de la primera clase pueden ocurrir o no circunstancias de asesinato; es decir, las circunstancias que elevan el homicidio premeditado a la categoría de asesinato, según el artículo 586'.

"Y si en esta ocasión hubo circunstancias de asesinato, y si el Jurado las descartó, fue precisamente porque consideró que se estaba en el segundo caso de los enumerados en el artículo 590 trascrito, es decir, que el agente activo del delito no tuvo intención de causar daño alguno.

"Confundir, como lo hizo el Tribunal, un homicidio involuntario por cuanto se pretendió causar un mal diverso de la muerte y el homicidio causado por un hecho en el cual la voluntad no intervino, porque el homicida no tuvo intención de causar daño alguno, es desconocer los más triviales elementos, no digamos de la ciencia penal, sino de las leyes.

"Queda así establecida la mala interpretación de la ley.

"Erró asimismo el Tribunal al aplicar el artículo 611 del C. Penal, porque hallándose, como se halla probado, que el homicida y heridor no obró con intención de causar mal alguno, no es admisible que se le aplique el artículo mencionado, que se refiere al caso de desconocer la intención del autor del hecho criminoso.

"La disposición aplicable es la del artículo 29 del C. Penal, numeral primero, porque está comprobado que el recurrente estaba en el momento de cometer el delito en verdadero estado de locura, que lo llevó, sin intervenir su voluntad, a responder ante la Justicia como un reo ordinario.

"Y si esta interpretación no la quisiere admitir la H. Corte, pido subsidiariamente que se aplique el artículo 613 del C. Penal, admitiendo que si alguna responsabilidad es imputable al recurrente, no puede ser otra que la falta de previsión, consistente en haber ingerido unos tragos de licor, habiendo podido evitarlo, y entonces la disposición aplicable es la del artículo mencionado en relación con el 662 para las heridas, viniendo a tocarle la pena de doce meses tres días de reclusión, calificada su delincuencia en tercer grado".

El señor Procurador delegado en su vista, antes de analizar las disposiciones penales que como consecuencia del veredicto se aplicaron en las sentencias de primera y segunda instancia, para mayor inteligencia de su crítica, resume así los hechos del proceso:

"Conviene, ante todo, hacer una síntesis de la manera como tuvieron lugar los hechos delictuosos a que se refiere este expediente: En la noche del tres de marzo de mil novecientos treinta y cuatro, se encontraban en una fonda de propiedad de Miguel Duque varias personas, entre ellas Arturo Vélez, Manuel García y Raimundo Arenas. Bebían licores embriagantes y cuando ya habían tomado varias copas, García solicitó del dueño del establecimiento unos dados, con el objeto de iniciar una partida de juego, la que en efecto se relizó con mala suerte para el proponente, que habiendo perdido una apuesta de quince pesos, concertada por él con Vélez, se enfureció intempestivamente y declaró que ese dinero no lo pagaba, sin que su contendor en el juego manifestara un

ánimo de acometividad ni de exaltación. Presa García de una animosidad belicosa verdaderamente incontenible, desafió a todos los presentes, con excepción del dueño de la fonda, y no contento con el solo desafío verbal se lanzó, puñal en mano, contra Vélez, a quien hirió mortalmente, con herida que le causó después la muerte. Inmediatamente después de haber agredido a Vélez, en la forma que se acaba de decir, salió García del establecimiento y se dio a la tarea de perseguir a Arenas, quien ya iba de huída hurtándole el cuerpo a la contienda que había provocado García. Este alcanzó a Arenas y lo hirió por la espalda con el puñal, y según parece, cuando Arenas estaba caído. García, después de este nuevo hecho, desafió otra vez a los que quedaban en la fonda y en seguida se dirigió a la casa de la hacienda 'El Oro' y allí, habiendo encontrado desarmado y desprevenido a Serapio Ceferino, sin antecedente de ninguna naturaleza ni choque entre ellos, le asestó varias puñaladas que le causaron la muerte. El cura que estaba en la misma casa de la hacienda escapó milagrosamente de que García le diera muerte, pues también manifestó el propósito de eliminar a ese sacerdote.

"Realmente, en presencia de esta breve historia de los acontecimientos, los señores del Jurado estaban colocados ante un dilema: o declarar al acusado irresponsable, por haber procedido sin discernimiento ni voluntad libre; o declararlo responsable, de acuerdo con los formularios que le fueron propuestos. Pero esa responsabilidad ambigua, vacilante y equívoca que le atribuyeron los señores jueces de hecho al acusado, no puede ser otra que una timidez en la adopción de una respuesta categórica y rectamente ajustada a los hechos demostrados en el proceso.

"La ingerencia del Jurado, que por tántos aspectos es benéfica para los fines de la justicia y para los intereses de los acusados, en ocasiones, como la presente, resulta perturbadora por la dificultad insuperable de deslindar de manera nítida y completa las cuestiones de hecho de las cuestiones de derecho.

"Se aparta de la verdad, peca contra la evidencia, la afirmación de que los homicidios de que fueron víctimas Vélez y Ceferino y las heridas de que fue víctima Arenas, hubieran sido cometidos por García de manera involuntaria. Quien con manifiesta agresividad y resolución desafía a las personas que con él beben y juegan; quien grita que ha llegado el momento de ir al cementerio o de ir a la cárcel; quien puñal en mano lanza golpes mortales, en partes nobles, con la debida fuerza física y con el convencimiento de los estragos que causa con sus golpes; quien habiendo visto caer a sus pies, y por su causa, a varios hombres indefensos, busca nuevas víctimas para derribarlas y eliminarlas; quien así procede está mostrando, de manera clara, su voluntad de causar muerte, su ánimus occidendi.

"Tiene sobrada razón el doctor Londoño Londoño, defensor de oficio de Manuel García, cuando en su alegato dice: 'Pregunto: qué mal distinto de la muerte se pude proponer Manuel García, alcohólico y furioso al dar muerte con puñal a Aurturo Vélez, Cerapio Ceferino, y herir a Raimundo Arenas? Habrá fundamento para creer que existió la intención de un mal distinto de la muerte? Será excusa para aceptar como tál una pretendida ignorancia sobre la intención del acusado?"

Y refiriéndose luégo al homicidio involuntario, especificación que dieron al caso en estudio los veredictos, con el objeto de saber si el Tribunal interpretó acertadamente en la sentencia, esos veredictos y aplicó la disposición legal pertinente, dice:

"El art. 589 del Código Penal dice:

"El homicidio es involuntario cuando el homicida no tuvo intención de causar la muerte. Esto se conocerá por las circunstancias que precedieron, acompañaron o siguieron al hecho; por la clase y naturaleza de las armas o instrumentos empleados en él; por el sitio, naturaleza y extensión de las heridas o golpes que produjeron la muerte; y por los demás medios que puedan dar a conocer las intenciones que presidieron a la ejecución del hecho'.

"Y el art. 590 de la misma obra reza así:

"Hay dos clases de homicidio involuntario: el uno, cuando el homicida se propuso causar al agredido un mal diverso de la muerte; y el otro, cuando no se propuso causar daño alguno.

"En el homicidio de la primera clase pueden concurrir o no circunstancias de asesinato; es decir, las circunstancias que elevan el homicidio premeditado a la categoría de asesinato, según el art. 586'.

"Si de acuerdo con esta última disposición el homicidio involuntario es de dos clases, —el que tiene lugar cuando el agente no se propuso causar daño alguno, y el que se realiza cuando el homicida se propuso causar al agredido un mal distinto de la muerte—, debe examinarse cuál de estas dos clases es la que corresponde en el caso presente.

"Resultaría pueril, y pudiera decirse hasta grotesco, pretender que García no se propuso causar daño de ninguna naturaleza; luego los homicidios ocasionados por él deben clasificarse en la otra especie de que habla el legislador, o sea, en el homicidio involuntario en que el agente sin intención de causar muerte se propuso causar un grave daño al agredido.

"Conviene recordar que los fallos del Juzgado y del Tribunal se fundamentan en las respuestas de los Jurados, es decir, que se está partiendo de la base equivocada, pero hoy día inconmovible, de que García no tuvo voluntad de matar; y entonces la penalidad aplicable será la contemplada por alguno de los siguientes artículos del Código Penal: el 610, el 611, el 612, el 613 o el 614.

"Comenzando el estudio por el último de tales artículos se verá que es inaplicable al caso de autos, porque no se trata de homicidio puramente casual e inevitable por parte del autor; no hubo caso fortuito, acontecimiento inesperado, imprevisible, ajeno al pensamiento, a los deseos y a los propósitos de García.

"No es aplicable el art. 613 porque la culpa jurídica tiene lugar cuando el agente quiso el hecho, pero no sus consecuencias. Los extremos o elementos esenciales del fenómeno culposo son: la previsibilidad y la imprevisión; de ahí que se afirme que hay culpa cuando el agente no previó las consecuencia de sus actos o cuando habiéndolas previsto creyó imprudentemente poderlas evitar. Nuestro legislador configura, en la disposición que se estudia, los distintos casos de culpa y al efecto habla de ligereza, descuido, imprevisión, falta de destreza en el manejo de alguna arma, equivocación, contravención a las reglas de policía. En los hechos, a que se refiere este expediente, no concurre ninguna de las circunstancias que acaban de enumerarse y alegar la existencia de homicidio y de heridas culposos, en este caso, es improcedente e injurídico".

Y más adelante agrega, quedando por lo expuesto eliminada la aplicación de los artículos 613 y 614 al caso y pasando a examinar los artículos 610, 611 y 612 referentes a las hipótesis de que el homicida involuntario quiso causar o mal grave o mal mediano o mal pequeño:

"Descartado por el Jurado el ánimus occidenti, en el agente, no puede decirse que hubiera desechado también la existencia del ánimus nocendi. Ahora bien, esa intención de causar daño, no puede relacionarse en este proceso con un mal pequeño ni con un mal mediano. Todas las circunstancias que acompañaron y rodearon los hechos investigados, y que sería inútil repetir, están indicando que el homicida y heridor tuvo el propósito firme, explícito y desgraciadamente realizado de causar daños muy graves.

"Luego la disposición aplicable es la del art. 610 del Código Penal.

"El H. Tribunal aplicó el 611 basándose en la frase incidental que emplea aquella disposición y que dice 'o si no se pudiere conocer la intención'; pero esa expresión legislativa no hace referencia a la intención en general del agente, esto es, al dolo genérico o al dolo específico, sino a la intención en cuanto a la cantidad de daño que se quiso ocasionar. En otros términos, cuando no hay motivo suficiente para juzgar que el mal que quiso causar el homicida fue uno grave, o uno leve, se estimará que su intención fue la de causar un mal mediano; lo que significa una especie de presunción de que cuando no aparezca claramente el daño que quiso causar el homicida, esto es, cuando no se conozca bien su intención a este respecto, se debe estimar que el mal que se quiso causar fue un mal mediano".

La conclusión del señor Procurador, como ya se apuntó antes, es la de que debió aplicarse el art. 610 y que por esta razón podría prosperar el recurso; pero como lo dice el mismo funcionario, acontece que "no fue interpuesto por el Agente del Ministerio Público sino por el mismo condenado, y tal recurso fue establecido a favor de los acusados, no puede modificarse la sentencia del Tribunal para mejorar la situación del recurrente".

En reciente sentencia, contemplando este aspecto de la cuestión, la Corte ha sentado esta doctrina congruente con la finalidad de la casación penal:

"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° 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". (GACETA JUDICIAL, Nos. 1905 y 1906. Sentencia de 27 de marzo de 1936).

Tanto el defensor del reo al interponer el recurso, como su abogado al sustentarlo ante

la Corte, insisten en referirse al artículo 29 del C. P., numeral 1º

Consideran que el reo no está sujeto a pena alguna; que la sentencia debió ser absolutoria porque García estaba involuntariamente privado del uso de la razón, en estado de verdadera demencia o locura al tiempo de cometer las acciones que se le imputan.

Tal apreciación se hace consistir en la embriaguez. Mas ha de tenerse en cuenta lo dispuesto por el art. 30, que habla precisamente de la embriaguez voluntaria, coetánea al acto imputado, artículo que en su segundo inciso establece:

"La embriaguez se presume voluntaria mientras no se pruebe o resulte lo contrario".

La presunción no fue destruída por prueba alguna. Y al contrario, del concepto de los médicos legistas visible al folio 68, se viene en conocimiento que el reo García no es, ni un epiléptico, ni un degenerado hereditario, ni un anormal. "Se puede llegar a la conclusión que llegó (el reo) al estado de embriaguez agresiva y violenta debido a la intoxicación alcohólica", dice el mismo concepto. Y finaliza: ... "En cuanto a que García hubiese obrado por el resultado fatal de un impulso irresistible ocasionado por el alcoholismo agudo, observemos que se trata de una hipótesis nuestra como se puede apreciar por la simple lectura de la exposición pericial".

Esa exposición pericial así glosada es visible al folio 63, y en ella asientan los mismos médicos legistas que se "podría pensar que obró (García) por el resultado fatal de un impulso irresistible ocasionado por el alcoholismo agudo".

Obsérvase que ambos conceptos de reconocimiento no son siquiera inferencia o deducción del caso, sino simples hipótesis como lo dijeron en la parte final aclaratoria transcrita arriba, y en la cual asientan de manera firme que García es un hombre normal sin defecto en las funciones cerebrales.

La prueba pericial, que sería la concluyente para aplicar el art. 29, no resulta viable de conformidad con lo dispuesto por el art. 1686 del C. J., ya que una hipótesis, y una hipótesis genérica no alcanza a ser ni un indicio.

Y por sobre todo porque ni esta prueba pericial, ni ninguna otra del expediente ha contradicho la presunción legal del artículo 30 sobre la embriaguez voluntaria. Defectuosa cuanto se quiera puede ser esta disposición, y objeto de todas las críticas de cualquiera escuela penal, pero mientras ella exista en la legislación positiva no puede entenderse sino en su recto y literal sentido, y a los Jueces no les es dado torcerlo so pretexto de buscarle su intención o su espíritu.

En su parte final el señor Procurador delegado pide casación de la sentencia por violación del artículo 87 del C. P., ya que la sentencia condenó a perjuicios y esta pena no puede imponerse oficiosamente de acuerdo con el art. 22 de la ley 104 de 1922.

En repetidos fallos la Corte ha dicho al respecto:

"Considera la Procuraduría que el artículo 7 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 la 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 104 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 nu-

lidad, 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".

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo en parte con el concepto del señor Procurador delegado en lo penal 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 Manizales de quince de noviembre de mil novecientos treinta y cinco, que condenó a Manuel García a la pena de ocho años, dos días de presidio.

Cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente.

Salvador Iglesias, José Antonio Montalvo, Pedro Alejo Rodríguez. Alberto Malo R., Srio. en ppd.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

PENSION

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, agosto veintinueve de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

El doctor Aníbal Mera Caicedo se dirige a la Corte con el objeto de que se hagan estas declaraciones a su favor:

1ª Que tiene derecho a la jubilación de que tratan las leyes 12 de 1907 y 116 de 1928, y

2ª Que al restablecerse la vigencia de la ley 192 de 1927, tiene derecho a la pensión que ella fija en su artículo 6º

Invoca, además, el artículo 9º del Decreto Legislativo número 136 de 1932, y demás disposiciones pertinentes.

La Corte para resolver considera:

El artículo 5º de la ley 116 de 1928 establece: "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 hubiese desempeñado, por lo menos durante un tiempo equivalente a un período legal".

Ahora bien, de la documentación aportada por el peticionario se desprenden los siguientes hechos:

1º Carece de medios para la congrua subsistencia y ha observado buena conducta. (Declaraciones de los doctores Temístocles Rengifo V. y Julio L. Martínez, rendidas ante el Juez 2º del Circuito de Cali, con las formalidades legales).

2º En la actualidad tiene más de sesenta años de edad, pues nació en 1873. (Copia de la partida de bautismo suscrita por el señor Cura Párroco de Miranda), y

3º Ha desempeñado los siguientes cargos: en Cali, Juez 2º del Circuito, de 1905 a 1915; Magistrado del Tribunal Superior, de 1915 a 1919; Juez Superior, de 1919 a 1921; Juez 1º del Circuito, de 1921 a 1922; Juez 5º del Circuito, de 1926 a 1927; Magistrado del Tribunal, de 1927 a 1931, y en Palmira, Juez de Circuito, de 1931 a 1935. (Copias de las actas de nombramientos, de posesión y constancias de los respectivos fun-

cionarios públicos acerca del ejercicio de los cargos que se dejan expresados).

Se hallan, pues, plenamente satisfechos los requisitos exigidos por las leyes vigentes para obtener el beneficio invocado.

En lo que respecta a la cuantía de la pensión debe observarse que el mismo doctor Mera aduce como fundamento de derecho el artículo 9º del Decreto Legislativo número 136 de 1932, el cual dispone que ninguna pensión a cargo del Tesoro Nacional será mayor de ochenta pesos mensuales, y en tal virtud no es posible aplicar el artículo 6º de la ley 192 de 1927, que señaló la cantidad de $ 150 mensuales para las pensiones a los Magistrados de Tribunal.

El señor Procurador da concepto favorable acerca de la solicitud que se considera, y manifiesta que en armonía con la jurisprudencia recientemente sentada por la Corte, el pago se disponga desde la fecha de presentación de la demanda.

En consecuencia 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, decreta a favor del señor doctor Aníbal Mera Caicedo y en contra del tesoro nacional, una pensión mensual vitalicia por la suma de ochenta pesos ($ 80), pagadera desde el día 19 de mayo del año en curso, fecha en que ante la Corte fue propuesta la demanda.

Queda sujeta esta pensión a las condiciones de suspensión y pérdida determinadas por las leyes.

Envíense copias de esta providencia al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y a la Contraloría General de la República.

Publíquese, cópiese, notifíquese y archívese.

Eleuterio Serna R., Aníbal Cardoso Gaitán, Pedro A. Gómez Naranjo. Gustavo Gómez Hernández, Secretario.

EXCEPCION EN JUICIO EJECUTIVO

El impuesto de defensa nacional a que se refiere el decreto Nº 2020 de 1927 grava únicamente a los ciudadanos nacidos del año de 1927 en adelante.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, diciembre catorce de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

Con base en un reconocimiento de impuesto de defensa nacional, la Recaudación del impuesto sobre la renta libró orden de pago por la vía ejecutiva a favor de la Nación y a cargo del señor Guillermo Pereira Harker, por la suma de cien pesos, más los recargos legales y las costas de la ejecución.

Al serle intimado el mandamiento al deudor, éste manifestó que reconocía la deuda y la cancelaría en contados de veinticinco pesos.

Pero con posterioridad, propuso la excepción de inexistencia de la obligación, que la funda en el hecho de haber nacido en 1901, pues según su concepto, de acuerdo con los artículos 28 del decreto 2020 de 1927 y 1º de la Resolución Nº 38 de 1932, los ciudadanos nacidos desde el año de 1907 en adelante son los obligados a pagar la cuota de defensa nacional.

El señor Procurador General de la Nación se expresa así, al descorrer el traslado legal:

"El artículo 29 del citado decreto sólo estatuye que 'los nacionales mayores de 20 años nacidos del año de 1907 en adelante, a excepción de los que padezcan de inhabilidad física debidamente comprobada, no podrán salir del país, sin haber comprobado legalmente que se hallan en uno de los siguientes casos: '... b) Haber pagado la cuota de defensa nacional por no haber sido designado para prestar el servicio activo'.

"Como se ve, el artículo preinserto no exime del pago de la cuota de defensa nacional a los que hubieran nacido antes del año de 1907, sino que los excluye de la obligación en que están los nacidos después de tal año, de pagar la cuota de defensa nacional antes de su salida del país, pues de lo contrario se les impediría hacerlo.

"Ahora, la Resolución Nº 38 de 1932, que también cita en apoyo de su tesis el excepcionante, se refiere exclusivamente a los empleados públicos, sin que exima en parte al-

guna del pago de la cuota de defensa nacional a determinados individuos".

La Sala no participa de las razones transcritas del señor Procurador, por las consideraciones que a continuación se exponen:

Interpretando en conjunto el decreto 2020 de 1927 se desprende la conclusión de que el impuesto de defensa nacional grava únicamente a los ciudadanos nacidos del año de 1907 en adelante.

En efecto, los artículos 5º, 25 y 26 del citado decreto, son del siguiente tenor:

Artículo 5º En cada Municipio se levantará anualmente, con la cooperación del respectivo Alcalde, un registro nominal de los varones colombianos residentes en él, que durante el año siguiente cumplan veintiuno de edad, para los efectos de la prestación del servicio militar y según reglamentación que dictará el Gobierno".

"Artículo 25. En los meses de noviembre y diciembre de cada año todos los individuos inscritos según el artículo 5º de este Decreto serán clasificados en siete categorías que se denominarán primera, segunda, tercera, cuarta, quinta, sexta y séptima, según las capacidades económicas de cada uno, correspondiente la última a los pobres de solemnidad...

"Artículo 26. Los individuos inscritos en el registro de que trata el artículo anterior que no fueren designados para prestar el servicio activo, o fueren eximidos o excluídos de entrar en el sorteo para el mismo, pagarán por una sola vez el servicio militar en dinero, así: '... Parágrafo. Los individuos clasificados en la séptima clase quedan exentos del pago de esta cuota, que se llamará cuota de defensa nacional".

Se ve, pues, que el principio consignado en el decreto es el de que todos los varones colombianos que en el año siguiente cumplan veintiuno de edad, sean inscritos en un registro para ser clasificados en armonía con su potencialidad económica, y de ahí deducir el monto del tributo de defensa nacional que hayan de satisfacer.

Y de este principio se deducen varias consecuencias, entre otras, la contemplada en el artículo 29 a que el Procurador hace referencia.

Por otra parte, el Decreto fue expedido en el año de 1927.

Y como el señor Pereira Harker nació en el año de 1901, según la partida de bautismo que obra en autos, natural y obviamente se deduce que a él no alcanzó a abarcarlo el régimen del decreto.

Si bien es cierto que al proponer la excepción el ejecutado no alegó como fundamento de derecho sino el artículo 29 del decreto 2020, la Corte no adopta la interpretación literal y formulista que de tal hecho podría hacerse, y enfoca la intención del excepcionante en el sentido de que quiso ampararse en las disposiciones del mencionado decreto que pudiesen favorecerlo.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto del señor Procurador General de la Nación, declara probada la excepción de inexistencia de la obligación, y ordena cesar el procedimiento coactivo.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase en oportunidad el expediente.

Eleuterio Serna R., Aníbal Cardoso Gaitán, Pedro A. Gómez Naranjo. Gustavo Gómez Hernández, Secretario.

MANERA DE VERIFICAR EL PROMEDIO DE DIVERSOS SUELDOS PARA EFECTOS DE LA CUANTIA DE PENSIONES RESPECTO DE MAESTROS DE ESCUELA

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, octubre primero de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Eleuterio Serna R.)

El doctor Jesús N. Arias, como apoderado de la señorita Ernestina Vélez, a quien la Corte decretó una pensión por fallo de 14 de agosto último, solicita se rectifique el error aritmético proveniente de la liquidación que según el peticionario debió hacerse en la forma en que él lo sugiere en el siguiente párrafo de su memorial fechado el 15 de septiembre del año que corre: "El espíritu del legislador es claro y manifiesta su intención. Si el sueldo de los dos últimos años es uniforme, se toma simplemente la mitad que equivale siempre al promedio aritmético; si no lo es, se tomará el prome-

dio de los diversos sueldos pagados. Aquí esos diversos sueldos devengados y pagados son: uno de $ 63 y veintitrés de $ 90 cada uno. Si multiplicamos 23 por 90 tenemos 2,070; si se le suman $ 63, tenemos 2,133; y esto, dividido por 24, nos da $ 88.87 como promedio en los dos años; de allí se toma la mitad y tendremos la liquidación definitiva de $ 44.43 mensuales.

Para resolver se considera:

Dice el art. 2º de la ley 114 de 1913: "La cuantía de la pensión será la mitad del sueldo que hubieren devengado en los dos últimos años de servicio. Si en dicho tiempo hubieren devengado sueldos distintos, para la fijación de la pensión, se tomará el promedio de los diversos sueldos".

Diverso es lo que es desemejante. Si se busca el promedio de un sueldo de 63 y de 23 de 90, no se ha tomado en realidad el promedio de varios sueldos desemejantes, sino el promedio de un sueldo diverso en relación con 23 sueldos semejantes. En estas circunstancias promediar un sueldo de una clase con 23 sueldos de otra clase igual, no es averiguar el promedio de diversos o desemejantes sueldos entre sí.

Por eso la Sala estimó que los diversos sueldos devengados en los dos últimos años eran: uno de $ 63 y otro de $ 90. Con ellos realizó la liquidación. Si hubiera que tomar 23 sueldos semejantes de a $ 90 cada uno, para promediarlos con uno de $ 63, la diversidad no existiría entre todos los sueldos, base de la operación, que es lo que la ley ha querido.

Muy distinto sería si el legislador hubiera dicho que en caso de diversidad de sueldos, la pensión mensual sería el promedio de lo que el solicitante hubiera devengado en los últimos 24 meses de servicio. En ese evento habría que hacer la operación, como lo dice el doctor Arias.

La Sala no encuentra razón para variar la forma como se ha venido haciendo la liquidación no sólo ahora sino en épocas anteriores.

En efecto, se trataba de una solicitante que había devengado en los dos últimos años así: de marzo de 1927 a julio de 1928, $ 90; de agosto de 1928 a marzo de 1929, $ 120.

Computando, como dice el doctor Arias, resultaría:

17 sueldos de a $ 90, igual ...	1560
7 sueldos de a $ 120, igual ...	840
Total .....$	2400
2400 dividido por 24, igual ...	100
100 dividido por 2, igual	50

Sin embargo de esto, la Sala procedió así: 90 más 120, igual 210; dividido por 2, igual 105; mitad de 105, igual 52.50. Así puede verse en el fallo de junio 13 de 1934.

El doctor Arias pide en subsidio: "Caso de no atenderse a mi solicitud principal, solicito en subsidio que se liquide con base en lo devengado durante los dos últimos años que precedieron al día del fallo o sean $ 90 y $ 80, respectivamente, que es lo que hoy está devengando, según el nuevo certificado que acompaño. Esto no es ilegal desde luego que se compula tiempo anterior a la fecha del fallo y anterior también a la fecha en que puede empezar a cobrar su pensión; si se tratara de sueldo devengado con posterioridad al fallo, no sería legal hacer la liquidación con base en él. Así se tiene un promedio en los dos sueldos, en sí, de $ 85, cuya mitad son $ 44.43".

Se observa: el fallo en que se decretó la pensión no ha sido aun notificado, y por consiguiente no se ve dificultad en asunto de índole administrativa para reformar la decisión, tomando en cuenta el nuevo dato. No se trata de corregir errores aritméticos, porque la Sala falló en vista de las constancias allegadas al expediente. Tampoco es el caso de que la interesada haya obtenido un sueldo mayor, después del fallo; pues si así fuera, no podría variarse la sentencia que reconoció la pensión pedida y que recayó sobre la cantidad demandada, de acuerdo con las constancias procesales.

No está, por otra parte, ejecutoriado el fallo y por consiguiente por este aspecto no hay óbice que impida la aceptación de la nueva solicitud. La justicia en un evento, como el contemplado no debe perder de vista la sabia regla del artículo 472 del C. J.: "Los funcionarios del orden judicial, al proferir sus decisiones deben tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustantiva, y, por consiguiente, con este criterio han de interpretarse y aplicarse las disposiciones procedimentales y las relativas a las pruebas de los hechos que se aduzcan como fundamento del Derecho".

Una de estas pruebas es el certificado de septimbre de 1936, con el cual mediante el memorial presentado el 19 de los corrientes, se completó la documentación.

Por tanto, tomando como sueldo de los dos últimos años los de $ 80 y $ 90, la mitad del promedio es $ 42.50.

Se había dispuesto que la pensión se pagara desde el ocho de agosto último, pero con el nuevo dato, es preciso considerar que sólo el 19 de septiembre quedó completa la docu-

mentación, lo que implica una reforma del fallo a este respecto.

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, reforma el fallo proferido el catorce de agosto de mil novecientos treinta y seis, en el sentido de disponer que la pensión decretada a favor de la señorita Ernestina Vélez M. es de cuarenta y dos pesos con cincuenta centavos moneda legal ($ 42.50 m/l.), pagaderos del Tesoro Nacional, a partir del diez y nueve de septiembre de este año (1936) en vez de la fecha de ocho de agosto, como en el primer fallo se había señalado.

Copia de este fallo, que es parte integrante del de 14 de agosto del presente año, se enviará también al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y a la Contraloría General de la República.

Cópiese, notifíquese y publíquese.

Eleuterio Serna R., Aníbal Cardoso Gaitán, Pedro A. Gómez Naranjo. Gustavo Gómez Hernández, Srio.

INDEMNIZACION POR HABER SIDO RETIRADO UN MILITAR DEL SERVICIO ACTIVO

Corte Suprema de Justicia. Sala de Negocios Generales.—Bogotá, diciembre dos de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Eleuterio Serna R.)

El doctor José Antonio Archila, como apoderado del señor José J. Luengas, demandó a la Nación, para que se declarara que ella estaba obligada a pagar a su poderdante la suma de mil cuatrocientos setenta y nueve pesos veintidós centavos ($ 1,479.22) moneda corriente como valor de los sueldos que Luengas dejó de percibir como teniente del ejército.

La segunda petición la formuló así:

"Subsidiariamente, pido que declaréis que mi representado tiene derecho a que la Nación le indemnice los servicios (sic) sufridos por efecto del retiro indebido del ejército y con ocasión del Decreto número 39 de 1929, según los propios términos del fallo del Consejo de Estado de fecha 6 de mayo de 1932 que sirve de base a la presente acción. Estos perjuicios los estimo en la cantidad de mil cuatrocientos setenta y nueve pesos veintidós centavos ($ 1,479.22) moneda corriente, más los intereses de esa suma computados desde el día 15 de enero de 1929 hasta el día en que se verifique el pago a la rata del seis por ciento (6 %) anual".

Sintetizando, los fundamentos de hecho de la demanda son:

1º—El señor Luengas había ingresado en el ejército y se encontraba en servicio activo cuando fue suspendido en sus funciones por el Decreto número 39 de 1929, el cual lo declaró en retiro temporal.

2º—Dicho decreto fue anulado por el Consejo de Estado en fallo de 23 de agosto del mismo año.

3º—El Ministerio de Guerra se negó a cubrir al señor Luengas los sueldos que le correspondían durante el tiempo del retiro, como lo resolvió en providencia que fue también anulada por el Consejo de Estado.

4º—Después del último fallo, el Ministerio continuó en su negativa respecto del pago de los sueldos, y, por consiguiente, la obligación debida está sin saolucionarse.

Como basamentos de derecho se citaron los artículos 1505, 1527, 1617 y 2341 del Código Civil.

El Tribunal del Distrito Judicial de Bogotá, que conoció del asunto, profirió el veintinueve de julio de 1936 sentencia, cuya parte resolutoria es como sigue:

"Por lo expuesto, el Tribunal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, resuelve:

"a) Negar la petición I de la demanda;

"b) Condenar a la Nación a pagar al demandante José J. Luengas la suma de mil cuatrocientos setenta y nueve pesos con veintidós centavos ($ 1,479.22) moneda corriente, dentro del término de seis días contados desde la ejecutoria de esta sentencia, como indemnización de los perjuicios sufridos por el mencionado Luengas por el hecho de haber sido retirado del Ejército Nacional donde estaba como Teniente, por virtud del Decreto número 39 de 1929 (enero 15) y haber permanecido en ese retiro desde el 15 de enero al 2 de diciembre de 1929.

"c) Condenar a la Nación al pago de los intereses de la suma mencionada en el aparte anterior, computados a la tasa del seis por ciento (6 %) anual desde el día en que según el aparte precedente debe hacerse el pago hasta el día en que se verifique ese pago".

Esta sentencia no fue apelada, pero en consulta subió el negocio a la Corte, donde se agotó la tramitación propia de la segunda instancia, sin que se hubieran aducido nuevas pruebas. Como ha llegado el momento de decidir, a ello se procede, previas algunas consideraciones:

El señor Procurador Delegado en lo Civil en su alegato final razona así:

"Para fundamentar su fallo manifesta el Tribunal que la declaración primeramente solicitada en la demanda no es procedente, en virtud del artículo 47 del Código Militar, que dice: "El sueldo o haber militar se goza conforme al empleo: pero tan solo el ejercicio del destino que corresponde al empleo da derecho al haber o sueldo".

"Efectivamente: mal se pudo reconocer y pagar el valor de esos sueldos que en realidad no ha devengado el demandante en el ejercicio de su empleo. Esto sería contrario también al artículo 63 de la Constitución que dispone: "No habrá en Colombia empleo que no tenga funciones detalladas en la ley o reglamento". De donde se colige que sólo el ejercicio de esas funciones en el desempeño de un empleo, pueden dar lugar a la remuneración respectiva".

Este razonamiento, acorde en el fondo con los motivos que tuvo el Tribunal para negar la petición primera de la demanda, lo acepta la Sala.

En cuanto a la indemnización, este alto empleado estima que debe fijarse en juicio separado porque no se ha acreditado que el señor Luengas no haya devengado durante el lapso en que estuvo retirado sueldo oficial o particular ni haya obtenido utilidades por concepto de negocios.

Por su parte el señor apoderado del actor hace a esta teoría algunos reparos, cuya fuerza jurídica resalta, los cuales pueden resumirse así:

1º Tal procedimiento sería una dilación sin objeto y sin motivos atendibles.

2º La reparación por la anulación del acto administrativo no podría satisfacerse sino por el pago efectivo de lo que el militar retirado dejó de percibir durante la vigencia del acto írrito, sin que la cuantía de esta indemnización se afecte por el hecho de que el damnificado se haya enriquecido después por otra causa.

3º La circunstancia de no haber obtenido Luengas puestos remunerados o proventos asumiría el carácter de una negación indefinida, correspondiendo, por tanto, dar la prueba de la afirmación a la contraparte.

Demostrados, como aparecen los hechos de la demanda, según el jurídico análisis que hizo el Tribunal, éste apoya su decisión en el siguiente pasaje de la sentencia del Consejo de Estado, del 6 de mayo de 1932, en la cual anuló la resolución del Ministro de Guerra en la que se había negado la liquidación y pago de los sueldos del señor Luengas después de la anulación del Decreto número 38 de 1929:

"Si el Gobierno, por medio de decretos o providencias de carácter general en su establecimiento, así como aquéllos en que obre como poder político (latu sensu), dicta medidas discrecionales, éstas, en atención a su naturaleza, al ser anuladas por el Consejo de Estado, conservan no obstante su eficacia hasta la fecha de su anulación, sin que el fallo pueda tener efecto alguno retroactivo, desde luego que esa anulación, propiamente hablando, no tiene otro carácter o no tiene otra finalidad que la de suspender o extinguir para lo futuro la vida jurídica de la providencia gubernativa. Ella produce los mismos efectos que la derogatoria.

"Pero si por el contrario, el acto del Gobierno que se anula es meramente administrativo (jure gestionis), el daño que por medio de él se haya ocasionado al derecho privado de los ciudadanos debe ser reparado, desde luego que tal nulidad tiene la virtualidad de hacer que las cosas vuelvan a su estado anterior y deshacer jurídicamente los hechos verificados durante la vigencia de la providencia anulada.

"Si la tesis absoluta sentada por el Ministerio se aceptara, es decir, si en todo caso el alcance de los fallos del Consejo de Estado no puede ir más allá de la simple declaratoria de nulidad, sin ningún efecto reparador del derecho individual injustamente quebrantado, ciertamente que la justicia administrativa dejaría de llenar sus más altos y trascendentales fines, y ya no sería su misión, o la parte más elevada de la misma, el restablecimiento del orden legal quebrantado por el Gobierno y el consecuencial amparo de los derechos de los ciudadanos que por este medio se desconocen o atropellan".

Es evidente que los actos administrativos declarados nulos pueden abrir el camino para que se pidan ante los jueces comunes las prestaciones a que haya lugar.

En el caso actual, anulada la resolución del Ministerio de Guerra por los motivos que

constan en los pasajes de la sentencia que se han transcrito, tales motivos, que no fueron simples móviles de la decisión, sino que están íntimamente ligados con la parte resolutoria. forman con ella un todo armónico y no pueden desvincularsele.

Por eso la Sala apoya también su decisión en esas transcripciones. Fuéra de esto, la reparación del daño en esas circunstancias es de toda justicia.

Hoy, en virtud del artículo 4º de la Ley 80 de 1935, el Consejo de Estado tiene jurisdicción para decidir sobre las reparaciones que implica una anulación como las de que trata el presente juicio.

Si el Tribunal dispuso pagar lo que el señor Luengas dejó de percibir en cierto lapso. no como sueldo sino en calidad de indemnización, ello en el fondo consulta el espíritu que campea en la sentencia del Consejo de Estado de 6 de mayo de 1932, cuya copia consta en el expediente.

Respecto del reparo que hace el señor Procurador Delegado, llamando empírica la forma como se fijó la cuantía, se observa: con el Decreto número 39 de 1929 se retiró del ejército indebidamente al señor Luengas, lo que implica que sin razón se quiso extinguir el derecho que él tenía para continuar percibiendo su sueldo; y una vez anulado dicho decreto surgió el derecho para cobrar indemnización, la cual está representada en lo que Luengas dejó de recibir como sueldo durante su retiro, pues es evidente que ese fue el daño que a él se le originó con el acto administrativo.

El Tribunal estimó el daño emergente y el lucro cesante en la suma a que condenó a la Nación, puesto que no condenó a los intereses legales que pidió el actor, a partir del 17 de enero de 1929. En esas circunstancias vino el asunto en consulta y no en apelación.

La apelación o alzada es un derecho concedido a las partes, del cual pueden usar o nó, puesto que es renunciable. Su objeto es reparar el agravio que causó o pueda causar la providencia recurrida.

El artículo 508 del Código Judicial dispone que las sentencias que imponen obligaciones a la nación, departamentos o municipios deben consultarse si no fueren apeladas.

Lo referente a consultas en el procedimiento civil lo regulaba el artículo 3º de la Ley 169 de 1896, en el cual se decía: "Las sentencias en las cuales se declare alguna obligación a cargo de la Nación, los Departamentos o los Municipios, serán siempre consultadas con el superior". Es lo mismo que consagra el artículo 508 del actual Código Judicial.

La comisión que redactó el proyecto de este Código rindió el siguiente informe: "En lo tocante a las consultas se conserva la disposición protectora de los intereses de la Nación, de los Departamentos y Municipios, en virtud de la cual toda sentencia contra esas entidades debe consultarse con el superior, si es que no se lleva al conocimiento de éste por vía de apelación". Aunque este concepto no es propiamente un comentario completo del artículo, como quiera que éste exige a la sentencia, para ser consultable, el que en ella se declare una obligación, siempre indica que la intención del texto fue dar jurisdicción al superior para enmendar los agravíos que el fallo de primer grado hubiera podido causar a la entidad; pero de allí no se deduce que el superior esté facultado para agravar la obligación. En esa forma, la medida no sería protectora del Estado, los departamentos y los municipios.

Si el demandante se conformó con el fallo de primera instancia, en la consulta no sería posible agravar la obligación de la Nación, como se solicita ahora por el apoderado del actor en su alegato de conclusión, porque entonces el recurso se extendería no a estudiar las obligaciones con que a la Nación se la gravó sino a conocer de lo que el Tribunal implícitamente la liberó. Si ello se hiciera, se saldría el juzgador de los términos del artículo 508 citado.

Es evidente que para poder condenar a intereses era preciso que la Nación deudora estuviera en mora, y ello no era posible determinarla estando la indemnización sin liquidar.

Además, como ya se dijo, y se repite, no habiendo sido apelada la sentencia por el actor, se entiende que éste ha convenido que en el valor de los sueldos está incluida la liquidación de la indemnización por daño emergente y lucro cesante, aunque ahora se alegue con algunas razones que los intereses se deben desde una época anterior al fallo.

Tratándose de intereses de dinero, los cuales constituyen perjuicios, ellos no se deben sino desde la mora (artículo 1615 del C. C.)

Cuando no se ha fijado plazo para cumplir la obligación, o cuando ésta no ha podido cumplirse sino desde cierto tiempo, es necesario requerir judicialmente.

Todo lo dicho conduce a concluir que la sentencia que se dicte en estas circunstancias no debe condenar a intereses. Estos se deberán por ministerio de la ley, cuando llegue el caso del artículo 1617 del C. C.

La Sala Civil de Unica Instancia ha dicho que para condenar a intereses en el caso de indemnización, es preciso que ésta se haya liquidado 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".

Por consiguiente, la condenación a intereses legales es anticipada, porque ellos sólo se deberían una vez que se estableciera la mora. Estos serían obligatorios, al llegar el evento, por ministerio de la ley.

En el fallo que se está revisando dijo el Tribunal: "En cuanto a los intereses, o perjuicios moratorios, a los cuales le da derecho el artículo 1617 del Código Civil, sólo pueden reconocerse desde el vencimiento del término que se señale a la parte demandada para efectuar el pago, si ese pago se demorare; y esto, porque dicha parte solamente puede considerarse en mora en ese evento."

Todo lo que sobre este punto se ha expuesto lleva a concluir que mientras no se haya concretado la indemnización, en virtud de la sentencia debidamente ejecutoriada, en una cantidad fija y exigible, no se pueden pedir intereses, porque ello sería una petición antes de tiempo.

El Tribunal condenó a intereses hipotéticos, una vez que partió de la base de una mora que todavía no se sabe si existirá o nó. Por este motivo debe revocarse en este punto el fallo, y declarar la excepción pertinente.

En fuerza de lo discurrido, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

1º Confírmanse los numerales a) y b) de la sentencia consultada;

2º Revócase el numeral c) de la misma: en su lugar declárase probada la excepción de petición antes de tiempo respecto del cobro de intereses. En consecuencia, absuélvase a la Nación del cargo formulado por este concepto.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase.

Eleuterio Serna R., Pedro A. Gómez Naranjo, Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Gómez Hernández, Srio.

DEMANDA SOBRE PAGO DE PERJUICIOS POR PRETENDIDA VIOLACION DE UN CONTRATO

Cuando un contrato está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales es solemne, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil. (Artículo 1500, C. C.) Habiéndose celebrado el contrato a que alude la demanda sin los requisitos establecidos por el artículo 42, ordinal a), de la Ley 130 de 1913, no tuvo existencia jurídica.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, diciembre once de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro A. Gómez Naranjo)

El doctor Alvaro J. Hoyos, como apoderado del señor Ramón Elías Gutiérrez, promovió juicio civil ordinario contra el Departamento de Caldas, con fecha 27 de julio de 1916, ante el Tribunal Superior del Distrito judicial de Manizales, para que por sentencia definitiva se declare lo siguiente:

"Que el Departamento de Caldas queda obligado a pagar, de su respectivo tesoro departamental, al señor Gutiérrez, dentro del término que designa el artículo 869 del Código Judicial, la cantidad de cinco mil pesos ($ 5,000), en oro colombiano, como indemnización de los perjuicios que se le sobrevinieron al mismo señor Gutiérrez, como consecuencia de la violación, por parte de la Gobernación de este mismo Departamento, del contrato escriturado número doscientos cincuenta y siete (257), de diez y siete (17) de septiembre de mil novecientos quince (1915); o, subsidiariamente, la cantidad que como perjuicios fijen dos peritos nombrados en la forma legal correspondiente, sin perjuicio de la intervención de un perito tercero nombrado por el Tribunal, en caso de desacuerdo entre los principales".

El 8 de agosto siguiente, el demandante fijó la cuantía de la acción en la cantidad de nueve mil pesos ($ 9,000), en oro colombiano.

Los hechos que dieron origen al pleito, pueden resumirse así: La Ordenanza 20 de 1915, elevó el impuesto sobre consumo de tabaco en el Departamento de Caldas y el artículo 3°, en su primer inciso, dispuso que el Gobernador procediera, de acuerdo con la Junta de Rentas, a contratar con los rematadores de la misma el arrendamiento o administración del mayor impuesto sobre el consumo de la especie, por el tiempo que faltara para la terminación del contrato principal existente. El sobreimpuesto debería empezar a regir seis meses después de sancionada la Ordenanza, o sea, en el mes de octubre de 1915. El señor Ramón Elías Gutiérrez en su condición de rematador de la Provincia de Salamina, contrató con el Departamento por medio de la escritura pública arriba mencionada, el sobreimpuesto de la Provincia de Salamina y la administración del correspondiente a la Provincia de Manzanares. Antes del 1° de octubre de 1915, día en que debía empezar a regir el contrato, la Gobernación se dirigió al señor Gutiérrez a nombre de la Junta de Remates, manifestándole que el contrato celebrado no podía producir efecto alguno legal, dando como razón que no se había podido celebrar contratos con los rematadores de las Provincias de Manizales, Ríosucio y Pereira y que, por tanto, el sobreimpuesto no podía cobrarse, ya que se trataba de una contribución de carácter general y no para determinada provincia.

El actor apoyó especialmente la acción en los artículos 1602, 1603, 1608 (1°), 1613 y 1615 del C. C.

El doctor Antonio Arango G., apoderado del Fiscal del Tribunal Superior, contestó la demanda y propuso varias excepciones a nombre de la entidad demandada.

El Tribunal, en sentencia de fecha 14 de junio de 1920, le puso fin a la primera instancia del juicio declarando probada la excepción de petición antes de tiempo o de modo indebido. En consecuencia, absolvió al Departamento de los cargos que se le formularon en la demanda. Tanto el demandante como el representante del Departamento apelaron del fallo y el recurso se les concedió en el efecto suspensivo.

Durante muchos años este negocio permaneció abandonado en la Secretaría de la Sala de Negocios Generales. Se hace constar que con fecha primero del corriente pasó al Despacho del Magistrado sustanciador para sentencia, una vez agotada la tramitación propia de la segunda instancia.

El Tribunal fundamenta la sentencia en que es preciso considerar previamente en este pleito si es o nó válida la resolución del señor Gobernador por la cual declaró que no podía cumplirse el contrato celebrado con el demandante, puesto que lo relativo a perjuicios queda subordinado a una decisión sobre la validez o nulidad de aquel acto administrativo.

El señor Procurador comparte la tesis del Tribunal fallador porque estima que para desatar la litis, es necesario que se haya resuelto antes por la respectiva autoridad, sobre la nulidad o validez de dicha resolución, porque si ésta queda en firme, no habrá lugar a indemnización de perjuicios a cargo del Departamento, y si ella es anulada, entonces sí sería procedente la discusión sobre si tales perjuicios se causaron o no.

Como la sentencia declaró probada una excepción perentoria temporal y absolvió al Departamento sobre la base de que la demanda se había presentado antes de tiempo, el señor Fiscal del Tribunal apeló del fallo. El señor Procurador solicita que se confirme la sentencia de primera instancia, "sin perjuicio de analizar la apelación que hace de la misma sentencia el señor apoderado del Fiscal del Departamento de Caldas, en lo que éste la considera desfavorable".

La Sala estima que se deben negar las declaraciones pedidas en la demanda, pero por razones distintas a las expuestas por el Tribunal, porque el asunto se debe analizar en el fondo, como lo planteó en la contestación de la demanda el representante del Departamento, sin dejar la solución del negocio sujeta al resultado de una acción contra la resolución del Gobernador, pues es obvio que el término para iniciarla está extinguido desde hace muchos años.

El contrato celebrado por el señor Gutiérrez con el Departamento de Caldas no tuvo existencia jurídica, porque no fue sometido a la aprobación del Tribunal Seccional de lo Contencioso Administrativo de Medellín, que tenía jurisdicción en aquella época en los Departamentos de Antioquia y Caldas, de conformidad con el artículo 42, ordinal a), de la Ley 130 de 1913. Esta disposición les da a los Tribunales Administrativos la atribución de "decidir acerca de la conformidad de los contratos celebrados por los Gobernadores de los Departamentos de

sus respectivas jurisdicciones, con las autorizaciones dadas por Ordenanzas especiales."

El contrato de que se ha hecho mención fue celebrado en desarrollo de las autorizaciones dadas por la Ordenanza 20 de 1915 de la Asamblea de Caldas, al Gobernador del Departamento. Necesitaba, por tanto, para su validez, el cumplimiento de la formalidad señalada por la disposición referida.

La Ordenanza 20 de 1915, parágrafo del artículo 4º, estableció lo siguiente: "Si no se pudiere celebrar contrato para su administración con los actuales rematadores, regirá el sobreimpuesto cuando expire el actual remate".

Sostiene el señor Fiscal, apoyado en este mandato de la Asamblea, que el contrato con el señor Gutiérrez estaba sometido a la condición suspensiva tácita de que se pudiera contratar el recaudo del sobreimpuesto con los rematadores de las demás Provincias, por cuanto las contribuciones son de carácter general y no pueden hacerse efectivas solamente a una parte de los habitantes. Es jurídica la observación del señor Agente del Ministerio Público; el sobreimpuesto no podía regir para una sola Provincia, como lo pretende el demandante, contra el texto expreso de la Ordenanza que lo estableció. La Gobernación hizo saber al contratista que la Junta de Remates declaró la imposibilidad de que el contrato tuviera efecto alguno, porque no se había podido contratar el recaudo del sobreimpuesto con los rematadores de las otras Provincias. Como la Junta resolvió no seguir adelante la negociación, ésta no fue sometida a la aprobación del Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

El contrato como se ve por lo anterior, no se ejecutó ni podía tener cumplimiento por cuanto no estaba perfeccionado. Por consiguiente, no se puede deducir para el Departamento de Caldas la obligación de pagar perjuicios por la inejecución de dicho contrato, que no tuvo, como ya se ha dicho, vida jurídica. Por otra parte, no hay prueba de que el demandante hubiera pagado suma alguna al Departamento o hubiera dado cumplimiento a las obligaciones del contrato para que pretenda que se considere a aquél en mora y se obligue a dicha entidad al resarcimiento de perjuicios que no pueden existir por las razones ya expuestas. (Artículo 1609 del C. C.)

Cuando un contrato está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, es solemne, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil (artículo 1500 del C. C.) El contrato celebrado por el señor Gutiérrez con el Departamento de Caldas, estaba sujeto como ya se ha visto a la formalidad especial de la revisión del Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Medellín, y como esta formalidad no se cumplió, tal contrato no tuvo existencia jurídica ni de él se pueden derivar acciones civiles. En otros términos, como el contrato no se celebró legalmente, porque le faltó el cumplimiento de una formalidad indispensable para su validez, no puede sostenerse que sea una ley para los contratantes, como lo establece el artículo 1602 del C. C., que es la disposición que en primer término sirve de apoyo al demandante.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, oído el concepto del señor Procurador 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:

No hay lugar a hacer las declaraciones pedidas en la demanda. En consecuencia, se absuelve al Departamento de Caldas de los cargos formulados en ella.

Sin costas.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase el expedente al Tribunal de origen.

Eleuterio Serna R., Aníbal Cardoso Gaitán, Pedro A. Gómez Naranjo, Gustavo Gómez Hernández, Srio.

PENSION

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, diciembre diez y seis de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro A. Gómez Naranjo)

El doctor José Vicente Parra, apoderado de la señora Paulina Ordóñez viuda de García Herreros, en demanda presentada el veintitrés de noviembre pasado, solicita nuevamente para su poderdante una pensión vitalicia, en su condición de viuda del doctor Aníbal García Herreros, quien desempeñó cargos en el Poder Judicial por más de veinte años, entre otros el de Magistrado de los Tribunales Superiores de Bucaramanga y Pamplona.

Con fecha siete de julio de este año, se negó la pensión pedida, porque no se había comprobado el ejercicio de cargos en el Poder Judicial por más de veinte años, como lo exige el parágrafo único del artículo 6º de la Ley 102 de 1927.

De la nueva demanda se corrió traslado al señor Procurador Delegado en lo Civil, quien emitió su concepto con fecha catorce del corriente, en los siguientes términos:

"En demanda presentada el 2 de junio del corriente año, el doctor José Vicente Parra, como apoderado de la señora Paulina O. de García Herreros, solicitó de la Honorable Corte el reconocimiento, por parte de la Nación, de una pensión como viuda del doctor García Herreros, quien desempeñó algunos cargos en el Poder Judicial, con base en las Leyes 102 de 116 de 1927 y 1928, respectivamente.

"Surtida la tramitación legal correspondiente, la Honorable Corte, de acuerdo con este despacho, se abstuvo de conceder la pensión solicitada, en cuanto no se comprobó que el doctor García Herreros hubiera desempeñado cargos en el poder judicial por más de veinte años, de conformidad con el parágrafo del artículo 6º de la Ley 102 de 1927.

"En nuevo memorial de fecha 19 de noviembre postrero, el mismo doctor José Vicente Parra, solicita de la Honorable Corte un fallo favorable para su poderdante, en vista de que la decisión anterior no causa ejecutoria, por no hacer tránsito a cosa juzgada. Con esta segunda solicitud trae el peticionario nuevos comprobantes para establecer el derecho que invoca.

"Este despacho procede a hacer un análisis detenido de los elementos probatorios aducidos por el demandante, para saber si es el caso en efecto de acceder a sus pretensiones.

"De acuerdo con el fallo anterior, se ha comprobado suficientemente el ejercicio de los siguientes cargos judiciales:

"Magistrado del Tribunal de Bucaramanga, desde el 22 de enero de 1894, día en que tomó posesión del cargo (folios 11 a 15, cuaderno número 1) hasta el 15 de marzo de 1901, es decir, 7 años, 1 mes y 23 días (folios 4 vuelto y 5, cuaderno número 2).

"Magistrado del Tribunal Superior de Pamplona, desde el 13 de junio de 1913, día de la posesión, hasta el 31 de enero de 1918 en que le fue aceptada la renuncia por la Honorable Corte, es decir, 4 años, 7 meses, 18 días (folios 2 a 3 y 15 a 17, cuaderno número 1).

"Magistrado del mismo Tribunal de Pamplona, desde el 25 de de marzo de 1920 hasta el 1º de mayo de 1923, o sea 3 años, 1 mes, 5 días (folios 19 cuaderno id.)

"Lo anterior da un resultado total de 14 años, 10 meses, 16 días.

"Con la nueva solicitud, el demandante ha acreditado el siguiente lapso en que el doctor García Herreros desempeñó los cargos siguientes:

"Juez Superior del Circuito de Salazar, desde el 3 de enero de 1883 hasta 1884. Existe un certificado (fs. 2, cuaderno número 2) expedido por el Alcalde de Salazar, en que consta el desempeño por el doctor García Herreros del cargo anterior durante los años de 1883 y 1884, es decir, por un lapso de dos años.

"Juez 1º del Circuito de Pamplona. Fue nombrado para este cargo el 19 de mayo de 1903 (fs. 5, cuaderno número 2). Según certificado del Alcalde Municipal de Pamplona, no pudo ser hallada la diligencia de posesión, por estar incompleto el libro correspondiente de ese año (fs. 9, cuaderno número 2). Pero el ejercicio de este cargo se encuentra evidenciado con las declaraciones de los testigos Maximino Rivera y Manuel Dávila, por un período de dos años (fs. 10, 11 y 12, cuaderno id.)

"Fiscal del Tribunal Superior de Pamplona, desde el 16 de julio de 1923 hasta el 30 de junio de 1925, es decir, por un lapso de 1 año, 11 meses, 24 días (fs. 13 a 15, cuaderno id.)

"El peticionario, pues, ha acreditado suficientemente que el doctor Aníbal García Herreros ha desempeñado los cargos de Magistrado del Tribunal, Juez y Fiscal del Tribunal, durante un lapso de 20 años, 10 meses y 10 días, suficiente, según el parágrafo del artículo 6 de la Ley 102 de 1927, para que su poderdante, la señora Paulina O. de García Herreros, tenga derecho a la pensión que solicita, en su calidad de cónyuge sobreviviente del citado doctor García Herreros (artículo 6º, parágrafo, Ley 102 de 1927).

"Sin embargo, además del requisito anterior, la Ley 116 de 1928, artículo 5º, dispone que para gozar de esta clase de pensiones el solicitante debe acreditar lo siguiente:

"Carecer de medios para la congrua subsistencia y haber observado buena conducta. A fs. 9 y 10 del cuaderno número 1, aparecen las declaraciones de los señores Manuel Serrano Blanco y Luis Alfredo Núñez, quienes acreditan el cumplimiento en la persona de la señora García Herreros de los requisitos anteriores.

"También se ha traído a los autos un certificado en que consta que dicha señora no ha sido pensionada ni ha recibido recompensa del Tesoro Nacional (fs. 16, cuaderno número 2), lo mismo que los certificados de nacimiento, matrimonio y defunción del doctor García Herreros, con todo lo cual quedan satisfechas las exigencias legales para que esa Honorable Corte decrete la pensión que se solicita.

"Según el parágrafo del artículo 6º de la Ley 102 de 1927 citado, la señora de García Herreros tendría derecho a una pensión de cien pesos, pero como en virtud del Decreto-Ley número 136 de 1932, artículo 9º, ninguna pensión pagada por el Tesoro Nacional será mayor de $ 80.00, mensuales, sólo puede otorgársele la presente por esta cuantía".

El señor Procurador analiza en su vista las pruebas presentadas en forma que la Sala encuentra ajustada a lo que aparece de autos. El artículo 6º de la Ley 102 de 1927, parágrafo único, les da a las viudas de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y de los Tribunales Superiores que hubieren servido por más de veinte años en el ramo judicial, el derecho a disfrutar de una pensión mensual de cien pesos ($ 100), con las limitaciones y requisitos establecidos por la ley. El art. 5º de la ley 116 de 1928 permite computar también para los efectos de la pensión, el servicio prestado como Fiscal de Juzgado Superior, de Tribunal de Distrito Judicial o como Procurador General de la Nación.

La señora Paulina Ordóñez de García Herreros comprobó satisfactoriamente los requisitos exigidos por la ley para tener derecho a la pensión que solicita en su carácter de viuda del doctor Aníbal García Herreros, Magistrado de los Tribunales de Pamplona y Bucaramanga. La cuantía de la pensión, como lo pide el señor Procurador, debe fijarse en ochenta pesos ($ 80) mensuales, de conformidad con el art. 9º del decreto Nº 136 de 1932, que limitó a $ 80 las pensiones pagadas por el Tesoro Nacional.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, de acuerdo con el señor Procurador Delegado en lo Civil y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, decreta a favor de la señora Paulina Ordóñez viuda de García Herreros, vecina de Bucaramanga, una pensión vitalicia de ochenta pesos ($ 80) mensuales, que le será pagada del Tesoro Nacional desde el día veintitrés (23) de noviembre pasado, fecha en que fue presentada completa la correspondiente documentación.

Esta pensión queda sujeta a las condiciones de suspensión y pérdida establecidas por las leyes.

Copia de esta sentencia será enviada a los señores Ministros de Gobierno y de Hacienda y Crédito Público y al señor Contralor General de la Nación.

Cópiese, notifíquese, publíquese y archívese.

Eleuterio Serna R., Aníbal Cardoso Gaitán, Pedro A. Gómez Naranjo, Gustavo Gómez Hernández, Secretario.

EXCEPCION EN JUICIO EJECUTIVO.—FIANZA DE LOS EMPLEADOS DE MANEJO

1.—De acuerdo con el artículo 14 del Decreto Ley 911 de 1932, si la Contraloría de la República no otorga su aprobación a una fianza, acto para el cual está ampliamente autorizada, ella no es más que un simple proyecto que no tiene validez legal. Una fianza no aprobada por el Contralor es un acto ineficaz desde el punto de vista fiscal, y también es inválido legalmente para satisfacer los fines que la propia fianza persigue, que son los de asegurar el manejo del empleado.—2. Conforme al artículo 293 del Código Fiscal, el empleado que posesione a otro de manejo sin que por éste se hayan llenado las condiciones que las leyes fiscales exigen para ello, se hace responsable solidariamente de los alcances que se puedan deducir al último.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, enero veintinueve de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

El Juzgado 1º Nacional de Ejecuciones Fiscales de esta ciudad, con fecha 20 de junio de 1928, libró orden de pago por la vía ejecutiva contra el señor Jorge E. Vargas, en su calidad de deudor principal, y Eustacio Medellín y Pablo Enrique Ahumada, en su carácter de fiadores solidarios, por la suma de seiscientos cuatro pesos cuarenta y un centavos ($ 604-41), más los intereses correspondientes a la rata del 12% anual y las costas del juicio.

El mandamiento ejecutivo se basa en el auto Nº 149 dictado por la Sindicatura Central de Lazaretos de Bogotá, por el cual se le dedujo un alcance al señor Vargas en su calidad de Sub-Síndico de Lazaretos en el Circuito Judicial de Chocontá, correspondiente a los meses de enero, febrero, marzo y abril de 1927, y en la escritura pública Nº 781 de 12 de noviembre de 1923 otorgada ante la Notaría principal del Circuito de Chocontá y en virtud de la cual Medellín y Ahumada se obligaron solidariamente a responder hasta por la suma de quinientos pesos ($ 500) de las obligaciones que Vargas contrajo como Sub-Síndico.

Sólo hasta hace breve tiempo logróse la notificación personal del proveído a Vargas y a Ahumada. Con respecto a Medellín, en los autos corre la prueba de su defunción.

Ahumada, en escrito presentado el 16 de junio del año anterior, propuso la excepción de inexistencia de la obligación, y la funda en el hecho de que la escritura por medio de la cual él se declaró fiador de Vargas, no fue aceptada por la Contraloría General de la República y, por lo tanto, no vale.

Por haber sido interpuesta en tiempo esta excepción, ha subido el negocio al conocimiento de esta Superioridad, donde habiéndose agotado la tramitación procesal de rigor, es el caso de decidir, a lo cual se procede.

El excepcionante aportó como prueba el oficio Nº 1,972 de 4 de diciembre de 1923, emanado de la Síndicatura Central de Lazaretos de Bogotá y dirigido al señor Vargas, y en el que se le comunica a éste que el Contralor General de la República manifestó en oficio Nº 264 fechado el 3 de diciembre del mismo año, que no le imparte su aprobación a la escritura 781 de 12 de noviembre de 1923, otorgada en la Notaría del Circuito de Chocontá, por no haberse acreditado en el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos respectivo que las fincas de los fiadores están libres de demandas, embargos, condiciones resolutorias, hipotecas o censos, durante un lapso de veinte años.

Se advierte que durante el término probatorio el excepcionante pidió que se solicitara de la Contraloría tanto copia del oficio que arriba se menciona como de la providencia por medio de la cual se rechaza la fianza referida, y así se decretó, pero a los autos no llegaron tales copias, por lo cual la Sala no tiene como elementos de apreciación del hecho de la improbación de la fianza sino la copia aportada por el excepcionante y tenida como tal prueba en oportunidad.

La cuestión puede, pues, concretarse así: El señor Vargas había menester, para tomar posesión del cargo de Síndico de Lazaretos, en la Provincia de Chocontá, del otorgamiento de una fianza. De acuerdo con el artículo 14 del decreto legislativo Nº 911 de 23 de mayo de 1932, el Contralor General de la República es la única autoridad facultada para aprobar, revisar y ordenar la cancelación de esas fianzas. Siendo así que la fianza presentada por el señor Vargas no

fue aceptada por el funcionario correspondiente, puede, no obstante, dicha fianza producir efectos?

El señor Procurador estima que la aprobación del Contralor no es requisito esencial para la validez de aquélla, que es una simple formalidad que interesa solamente al empleado nombrado, quien está obligado, cuando sea el caso, a perfeccionar la fianza, en la forma que ordene la Contraloría. Sin embargo, más adelante afirma el señor Procurador que la aprobación puede ser expresa o tácita y dice, que en el caso que nos ocupa, sí la hubo y que ella fue tácita.

Y concluye el señor Procurador manifestando que como los fiadores solidarios limitaron la fianza a la suma de quinientos pesos, la excepción de inexistencia de la obligación es procedente en lo relativo a la cantidad que excede de los $ 500, o sea la de ciento cuarenta pesos cuarenta y un centavos.

La Corte se aparta de los conceptos del señor Procurador por estas razones:

Si la Contraloría de la República no otorga su aprobación a una fianza, acto para el cual está ampliamente autorizada, ella no es más que un simple proyecto que no tiene validez legal. Esto se desprende claramente del artículo 14 del Decreto-ley 911 de 1932, que es terminante al respecto, cuando dice: "El Contralor General determinará la forma, garantías y cuantías de las fianzas que deban prestarse de acuerdo con el artículo anterior, y será el Contralor la única autoridad facultada para aprobarlas, revisarlas y ordenar su cancelación". La fianza que debe prestar un empleado de manejo para entrar a ejercer el cargo está encaminada a satisfacer un requisito de orden fiscal; la autoridad que conforme a la ley califica el lleno de tales requisitos es la Contraloría General de la República si se trata de empleados nacionales; una fianza no aprobada por el Contralor es un acto ineficaz desde el punto de vista fiscal, y también es inválido legalmente para satisfacer los fines que la propia fianza persigue, que son los de asegurar el manejo del empleado. Todo lo cual proclama la necesidad, como requisito esencial para su validez, de la aprobación del Contralor a las fianzas que otorgan los empleados públicos. La fianza, que hubiera llegado a producir efectos entre particulares, tal como se otorgó, trasladada al campo fiscal, es inoperante por la falta de un requisito indispensable de acuerdo con la finalidad que con el propio acto del afianzamiento se busca.

Ni estima la Corte que haya habido por la Contraloría una tácita aprobación a la escritura, porque la nota de rechazo de la Sindicatura de Lazaretos sugiere lo contrario: "En consecuencia, devuelvo a usted el título mencionado, a fin de que si sirva otorgarlo de acuerdo con lo exigido por el señor Contralor y remitirlo nuevamente a esta Sindicatura, con el papel competente, para elevarlo a la Contraloría para su examen y aprobación". (Fs. 7, cuaderno N° 3). No puede admitirse que un título que ordena otorgar de nuevo la autoridad competente, a fin de que pueda ser aprobado, haya merecido una aceptación tácita.

El señor Procurador opina que si el Contralor no mandó cancelar el instrumento, implícitamente lo aprobó. La cancelación no la ordena el Contralor (artículo 14 citado) sino respecto de las fianzas que antes han merecido su aprobación, una vez que aquéllas hayan cumplido sus fines.

Además, cabe observar: el señor Vargas para adquirir la categoría de Sub-Síndico de Lazaretos tenía necesidad de la prestación de una fianza. El artículo 251, inciso 2°, del Código Político y Municipal, dice: "No se dará posesión a ningún empleado de manejo sin que previamente preste la caución correspondiente". (Véanse, además, los artículos 289 y 290 del Código Fiscal). Es decir, que mientras el interesado no prestara la caución, no podía considerársele como funcionario legalmente adscrito a un servicio público.

El acto o condición que coloca a una persona determinada en el estatuto o situación legal de empleado de manejo, reviste una complejidad mayor que la del acto condición que adscribe a un individuo en la categoría de funcionario público puro y simple. En efecto, en el primero, además del nombramiento, aceptación y posesión, se requiere el otorgamiento de una caución para responder de las consecuencias de su especial actividad, como etapa intermedia indispensable entre la aceptación y la posesión. De tal manera que si dicha etapa no se realiza, la posesión, que guarda una conexidad necesaria con el otorgamiento de la caución, no se puede producir, y si se produce, se opera una situación irregular que origina responsabilidad para los funcionarios que en esta forma dan la posesión.

Así el artículo 293 del Código Fiscal dice que: el ministro o empleado que éste comisione al efecto que no exija las cauciones de que se trata o que las admita en condiciones distintas de las expresadas, se hace respon-

sable solidariamente con el empleado por el alcance que contra éste se deduzca..." Establece esta disposición que el empleado que posesione a otro de manejo sin que por éste se hayan llenado las condiciones que las leyes fiscales exigen para ello, se hace responsable solidariamente de los alcances que se puedan deducir al último. Esto porque el Estado necesita asegurarse contra posibles desfalcos y considera que al proceder así el empleado que otorga la posesión en esas condiciones, perjudica los intereses del erario público, que quedan desamparados y sin garantías. Para subsanar esta situación, ordena, en virtud de este artículo, que tal empleado responda con el de manejo.

Es decir, que la Nación se pone en guardia para el caso de quedar a descubierto de garantías porque no llegue a perfeccionarse el contrato de caución entre los fiadores y la Nación; con lo cual bien puede afirmarse que se produce un desplazamiento de la responsabilidad que los proyectados fiadores hubieran asumido personalmente en el evento de perfeccionarse el contrato de fianza, responsabilidad que se sitúa en la cabeza del empleado que irregularmente da la posesión. La cautela del Estado para protegerse en la forma indicada, prevista en el artículo 293 del Código Fiscal, está indicando que la misma ley reconoce la posibilidad de que una fianza otorgada sin el lleno de los requisitos legales no puede hacerse efectiva.

Y ya se ha dicho que uno de tales requisitos, cuando se trata de empleados nacionales de manejo, es la aprobación de la fianza por la Contraloría General de la República.

«Concretado el examen de la Corte a la responsabilidad de los fiadores, cree por las razones anotadas, que quedaron desligados del cumplimiento de sus obligaciones desde el momento mismo que el acto suscrito por ellos no satisfizo y fue rechazado por la autoridad competente. Desde entonces cesó toda responsabilidad para ellos, aunque no para el deudor principal, ni para el empleado que posesionó al señor Vargas.

La presente ejecución está enderezada contra Vargas, como deudor principal, y Ahumada y Medellín, como fiadores solidarios. El mandamiento ejecutivo no fue notificado a Medellín, ni lo ha sido hasta la fecha a sus herederos; Vargas no propuso excepción alguna, a diferencia de Ahumada que sí alegó la que en la actualidad se estudia. Es por lo tanto el caso de declarar probada la excepción a favor de Ahumada y de disponer que se adelante la ejecución contra Vargas.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, oído el concepto del señor Procurador de la Nación, 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 Pablo Ahumada, y ordena cesar la ejecución que contra él se adelanta y dispone que siga el juicio contra el deudor principal, señor Jorge E. Vargas.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase en oportunidad el expediente.

Eleuterio Serna R., Aníbal Cardoso Gaitán, Pedro A. Gómez Naranjo. Gustavo Gómez Hernández, Secretario.

EXCEPCIONES EN JUICIO EJECUTIVO

La prescripción establecida por el artículo 2536 del C. C., sólo puede comenzar a contarse desde la vigencia de la ley 42 de 1923, cuyo artículo 81 derogó expresamente el 273 del Código Fiscal y retornó al derecho común, en cuanto se refiere a la extinción de los créditos del Estado, en virtud de la prescripción de diez años.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, enero veintinueve de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

Por auto Nº 117, de fecha 26 de junio de 1912, la antigua Corte de Cuentas declaró fenecidas las de la Aduana de Arauca, durante el año de 1907, y elevó al responsable, señor Aníbal Barbosa, un alcance por la suma de seiscientos veintiocho pesos y dieciocho centavos ($ 628.18).

La Sala de Apelación de la misma Corte, por auto Nº 29 de 8 de marzo de 1913, aprobó el anterior. Posteriormente, por auto Nº 72, de fecha 8 de junio de 1914, la Sala de Decisión de la Corte de Cuentas, declaró ejecutoriado el mencionado auto.

Contra el responsable y su deudor solidario, señor Juan Mc'Allister, el Juzgado Nacional de Ejecuciones de esta ciudad dictó orden de pago por vía ejecutiva a favor del Tesoro Nacional, por la dicha cantidad de $ 628.18, por los intereses a razón de uno por ciento (1%) mensual, contados desde el día 8 de junio de 1915 y por las costas del juicio.

El mandamiento, que tenía fecha 15 de octubre de 1915, fue intimado a Barbosa el día 21 de abril de 1927.

El ejecutado propuso, en el juicio, las siguientes excepciones:

a) Prescripción de la acción ejecutiva.

b). Nulidad del título que sirve de recaudo ejecutivo, y

c) "Cualquier otro hecho que resulte probado y que de acuerdo con las leyes extinga la obligación".

Tramitado legalmente el incidente en esta superioridad, se procede a resolverlo, analizando las excepciones presentadas:

a) Prescripción de la acción ejecutiva. Alega el excepcionante que habiendo transcurrido más de diez años desde cuando se hizo exigible la obligación, es decir, desde cuando se ejecutorió el auto número 72 de 8 de junio de 1914, de la Corte de Cuentas, hasta el día 21 de abril de 1927, fecha en la cual se intimó el mandamiento al deudor, prescribió la acción ejecutiva, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 2536 del C. C.

Conviene, ya que de prescripción se trata, saber qué disposiciones la regían cuando ella empezó a correr, según el demandado, y cuáles, en el sentir de la Corte, deben aplicarse.

Cuando se dictó el auto 72 de 1914, estaba en vigencia el artículo 257 de la ley 112 de 1912, actual Código Fiscal, que dice:

"Los créditos activos del Tesoro se extinguen:

a) Por el pago efectivo;

b) Por prescripción de treinta años; y

c) .....".

El demandado no podía invocar esta prescripción, pues, como se ve, ella no se había operado todavía, y quizá por eso se acogió a la prescripción de derecho común de diez años, consagrada por el artículo 2536 del C. C. No obstante, tampoco la aplicación de este artículo favorece al excepcionante porque la prescripción en él establecida sólo puede comenzar a contarse desde la vigencia de la ley 42 de 1923, cuyo artículo 31 derogó expresamente al 273 del Código Fiscal y retornó al derecho común, en cuanto se refiere a la extinción de los créditos activos del Estado, en virtud de la prescripción de diez años.

Como el ejecutado pudo acogerse a la de treinta años, que regía cuando le fue intimado el mandamiento ejecutivo, y no lo hizo sino que optó por la de derecho común, que, como ya se dijo, volvió a tener vigencia desde 1923, es el caso de aplicar el artículo 41 de la ley 153 de 1887, que dice: "La prescripción iniciada bajo el imperio de una ley, y que no se hubiere completado aún al tiempo de promulgarse otra que la modifique, podrá ser regida por la primera o por la segunda, a voluntad del prescribiente; pero eligiéndose la última, la prescripción no empezará a contarse sino desde la fecha en que la ley nueva hubiera empezado a regir".

Sentado que la prescripción invocada por Barbosa debe contarse desde el 1º de septiembre de 1923, fecha en que entró a regir la ley 42 del mismo año, veamos si ella fue interrumpida, o si se completó y por lo tanto así debe declararse.

Aparece que el mandamiento ejecutivo fue intimado al deudor el 21 de abril de 1927; luego la prescripción se interrumpió mucho antes de cumplirse, cuando no habían transcurrido aún cuatro años. La interrupción puede anularse o enervarse si la persecución al deudor se abandona en un lapso mayor de tres años. No aparece al examinar el expediente que el dicho abandono hubiera existido; luego la interrupción fue válida y produjo el efecto legal de detener la prescripción (artículo 2524 del C. C.).

Por estas razones la Corte ha de declarar no probada la excepción que se estudia.

b) Nulidad del título que sirve de recaudo ejecutivo.—El excepcionante manifiesta que las copias de los autos de la Corte de Cuentas, base del mandamiento ejecutivo, fueron expedidas por el Secretario del Juzgado Nacional de Ejecuciones y no por el de la Corte de Cuentas, ni por orden de ella. Que por consiguiente, dicho título está viciado de nulidad.

Las copias a que alude el demandado obran en autos, son auténticas y no han sido tachadas de falsas. Falta analizar si ellas podían o no ser título suficiente de recaudo ejecutivo.

El artículo 1096 del antiguo Código Judicial, vigente en la época en que se libró

el mandamiento ejecutivo, dice:

"En este juicio, además de los documentos y actos expresados en el artículo 1010, prestan mérito ejecutivo los siguientes:

1º Los alcances definitivos deducidos contra los responsables del Erario por la Oficina General de Cuentas o por cualesquiera otros empleados con funciones análogas reconocidas por la ley..."

Es indudable que los funcionarios que ejercen jurisdicción coactiva están, desde luego, comprendidos en la frase "Cualesquiera otros empleados con funciones análogas reconocidas por la ley", porque la misión de ellos consiste en perseguir a los deudores del Erario y, con tal objeto, deben allegar los documentos necesarios para proceder contra ellos. Y pueden conseguir tales documentos solicitándolos de las oficinas donde se hallen o tomando copias auténticas de aquellos que se les envíen en expedientes remitidos por las autoridades competentes. Por lo tanto, no puede admitirse que las copias que obran en el juicio, tomadas del expediente por el Secretario del Juzgado de Ejecuciones, no sirvan de base para decretar la ejecución, desde que ellas, como ya se expresó, son auténticas y su falsedad no se ha alegado ni menos comprobado, y provienen de funcionario que sí tenía facultad para tomarlas.

En opinión de la Corte, tampoco está probada la segunda excepción propuesta por el ejecutado señor Barbosa.

c) "Cualquier otro hecho que resulte probado, y que de acuerdo con las leyes extinga la obligación". Esta tercera excepción no puede admitirse porque durante el juicio el demandado no ha concretado ningún hecho que pueda producirla, ni después de un cuidadoso estudio del expediente se encuentra ninguna circunstancia que pudiera dar derecho al demandado para exonerarse del alcance que, a favor de la Nación, se le dedujo.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, de acuerdo con el concepto del señor Procurador de la Nación, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara no probadas en este incidente las excepciones propuestas por el demandado.

Sin costas.

Cópiese, notifíquese y publíquese.

Eleuterio Serna R., Aníbal Cardoso Gaitán, Pedro A. Gómez Naranjo, Gustavo Gómez Hernández, Secretario.

ADMISION DE UN RECURSO DE HECHO

La resolución o sentencia que termina el juicio sumario de que trata el artículo 11 de la ley 21 de 1931, es apelable.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, febrero dos de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro A. Gómez Naranjo)

El doctor Gerardo Arias Mejía pidió al Tribunal Superior de Manizales que se cancele al doctor Elías Gómez Robledo la inscripción y admisión como abogado recibido, a que se refiere el acuerdo número 100 de 22 de enero de 1929, expedido por el referido Tribunal. Se apoyó en los artículos 10 y 11 de la ley 21 de 1931.

El Tribunal admitió la demanda y después de oír al doctor Gómez Robledo y al señor Agente del Ministerio Público, decidió negativamente la solicitud y condenó al demandante doctor Gerardo Arias Mejía a pagar a favor del demandado doctor Gómez Robledo, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia, a título de sanción, la cantidad de cien pesos moneda corriente.

El doctor Arias Mejía apeló de la providencia y el Tribunal negó el recurso por auto de fecha dos de noviembre pasado.

El interesado ocurrió de hecho a la Corte y acompañó las copias necesarias. Se pasa a decidir el recurso, de conformidad con el artículo 514 del C. J.

En primer lugar se observa que el recurso fue interpuesto por el doctor Arias Mejía dentro del término de tres días que señala el artículo citado. En efecto, consta en el expediente que las copias respectivas fueron entregadas al interesado el diez de diciembre pasado y el memorial en que se

funda el recurso fue presentado ante el Juez segundo Civil del Circuito de Medellín el catorce del mismo mes.

La apelación fue interpuesta también en oportunidad. Por tanto, sólo resta examinar si la apelación es procedente para saber si se han cumplido los requisitos exigidos por el artículo 516 del Código Judicial para que pueda prosperar el recurso de hecho.

El Tribunal negó la apelación por estimar que la providencia que recayó a la demanda del doctor Arias Mejía es un acuerdo, que no es susceptible de tal recurso. En apoyo de su determinación aquella entidad cita tres autos de la Corte, de fecha 25 de septiembre de 1929, 11 de julio de 1930 y 23 de octubre de 1930.

Sobre el particular la Sala observa:

Las providencias en que se admite o se niega la inscripción de un abogado tienen el carácter de acuerdos, como lo ha resuelto la Corte en varios casos, porque ellas no recaen sobre procesos en que haya habido controversia judicial y son decisiones en que el Tribunal procede como entidad de carácter técnico o científico, para calificar la versación y el cumplimiento de las formalidades legales por parte de un individuo que aspira a ejercer la profesión de abogado. A esa clase de resoluciones es a las que se refiere la Corte en las doctrinas citadas por el Tribunal.

El caso que se estudia es distinto. No se trata de la solicitud de inscripción para ejercer la profesión de abogado, sino de la petición hecha por un ciudadano, de conformidad con el derecho que otorga el artículo 11 de la ley 21 de 1931, para que se cancele la inscripción ya decretada, es decir, para que se prive a un abogado del derecho de ejercer su profesión. La disposición citada ordena seguir un juicio sumario, con audiencia del Ministerio Público. Hay, por tanto, una controversia de carácter judicial y la resolución que pone fin al juicio no es un acuerdo sino una verdadera sentencia, conforme al artículo 466, numeral 1º, del C. Judicial. El Tribunal tramitó el negocio como un juicio sumario, corrió traslado de la demanda y abrió el asunto a prueba; no se explica por qué aquella entidad desconoce el carácter de sentencia que tiene su decisión para concluir que es un acuerdo que no es susceptible de apelación.

Por regla general todas las sentencias son apelables. (Art. 493 del C. J.). Los casos en que los Tribunales conocen privativamente y en una sola instancia, los establece la ley. La Sala de Negocios Generales conoce en segunda instancia de los negocios civiles de que conocen en primera los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, con arreglo al numeral 1º del art. 37 del C. J., y como no hay disposición alguna que desconozca el recurso de apelación para el juicio sumario de que trata el artículo 11 de la ley 21 de 1931, la sentencia de que se ha hecho mención es apelable y —por tanto— debe prosperar el recurso de hecho interpuesto oportunamente por el doctor Gerardo Arias Mejía.

Esta determinación, por otra parte, consulta la justicia y la equidad, porque debe darse la mayor amplitud al proceso que se sigue para cancelar la inscripción de un abogado, ya que en él se persigue un fallo de excepcional gravedad, como es el que priva a un ciudadano del ejercicio de su profesión.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, admite el recurso de hecho presentado por el doctor Gerardo Arias Mejía y le concede en el efecto suspensivo para ante esta Sala la apelación interpuesta contra la sentencia del Tribunal Superior de Manizales, de fecha 23 de septiembre de de 1936, dictada en el juecio sumario seguido para obtener la cancelación de la inscripción de abogado del doctor Elías Gómez Robledo.

Pídase al Tribunal que remita a la Corte el expediente original, previa citación de las partes, para conocer de la apelación.

Cópiese y notifíquese.

Eleuterio Serna R., Aníbal Cardoso Gaitán, Pedro A. Gómez Naranjo, Gustavo Gómez Hernández, Secretario.

EXCEPCION DE INEPTA DEMANDA EN JUICIO ESPECIAL

En los juicios sobre ejecución de sentencias, previstos por el art. 553 del C. J., no son admisibles excepciones dilatorias.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, febrero once de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

Por medio de apoderado el señor Julio C. Rodríguez Ll. presentó demanda ante el Tribunal Superior de Cartagena, para que mediante la tramitación de un juicio conforme lo establece el Título XV, Capítulo IL, del Código Judicial, se condene a la Nación a pagarle la suma que se fijó en la demanda o la que resultare de la estimación por peritos si a ello hubiere lugar.

La demanda se dirige a obtener el pago de una suma ilíquida a que por sentencia de la Corte Suprema fue condenada la Nación, a título de perjuicios, al señor Fidel Castilla, antecesor legal del demandante, por "el valor del terreno que le fue mermado con motivo de los cortes hechos allí por el Gobierno para las obras de canalización del Dique y el de los pastos y árboles existentes en la superficie cortada".

El señor Fiscal del Tribunal de Cartagena propuso la excepción de inepta demanda estimando que lo que se ha debido proponer por el actor era un juicio pericial de avalúo para cumplir el fallo de la Corte y demandar luégo el pago de tales perjuicios fijados en esa forma. El Tribunal desechó por improcedente la excepción propuesta, por considerar que en el juicio previsto en el art. 553 del C. J., sobre ejecución de sentencias, no son admisibles las excepciones.

De esta providencia apeló ante la Corte el señor Fiscal mencionado, y a decidir la apelación se procede.

El señor Procurador encuentra legal el auto materia del presente recurso y opina que debe ser confirmado.

La Sala observa:

Es cuestión clara que la demanda para el cobro de los perjuicios se ajusta, por el tenor literal de ella y por el derecho aducido, al mandato del art. 553 del C. J., que dice:

"Art. 553.—Si en la sentencia se condena a pagar una cantidad ilíquida por frutos, perjuicios, y otra cosa semejante, la parte favorecida, al pedir el cumplimiento del fallo, hace una liquidación motivada y especificada, de la cual se le da traslado a la contraparte por el término de cinco días.

Si la liquidación no es objetada, el Juez dicta auto aprobatorio de ella; si es impugnada, se abre el incidente a prueba por el término de quince días, vencido el cual, el Juez hace la fijación en vista de lo alegado y probado.

El auto en que el Juez apruebe la liquidación o la regule, es apelable como interlocutorio y presta mérito ejecutivo".

El demandante presenta en el libelo una liquidación de los perjuicios que cobra y pide que se condene a la Nación al pago de tales perjuicios. Por este aspecto de la demanda el señor Fiscal estimó que la acción estaba mal encaminada, como ya se dijo. Pero al propio tiempo el acto solicita que a su demanda se le dé la tramitación que corresponde a los juicios de que trata el Título XV, Capítulo I, Libro II, del C. J., y como a este Capítulo pertenece la disposición transcrita, es evidente que con sujeción a ella bien pudo hacerse en la demanda una liquidación acerca del monto de los perjuicios cuyo pago se reclama.

En los juicios especiales para los cuales no se hallen expresamente autorizadas las excepciones, éstas no son admisibles (art. 330 del C. J.), y tal cosa ocurre en el de que aquí se trata.

Por todo lo cual, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, de acuerdo con el concepto del señor Procurador General de la Nación, confirma el auto apelado en el presente recurso.

Sin costas. (Art. 576, C. J.).

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Eleuterio Serna R., Aníbal Cardoso Gaitán, Pedro A. Gómez Naranjo. Gustavo Gómez Hernández, Secretario.

CONSULTA DE UNA SENTENCIA

Para que la Corte pueda conocer por consulta de un asunto en que tiene interés la Nación, se necesita que el fallo de primera instancia declare alguna obligación a su cargo.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, febrero once de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro A. Gómez Naranjo)

El Tribunal Superior de Buga, a petición del señor Fiscal de la corporación y de acuerdo con lo resuelto por la Corte, ordenó consultar la sentencia de fecha 7 de abril de 1923, aprobatoria del deslinde en el juicio referente a los terrenos de "Calima".

Con fecha 17 de octubre del año pasado, en el recurso de hecho interpuesto por los señores Federico Soto, Salustiano Bedoya y otros, con motivo de haber negado el Tribunal la solicitud hecha por dichos señores para que se ordenara la consulta de la sentencia referida, la Sala dijo lo siguiente:

"Como aparece de autos que hay una sentencia de la cual surgen obligaciones contra la Nación que no ha sido consultada, dése aviso al Fiscal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga para que promueva lo que sea conducente al cumplimiento de la ley".

Llegado el expediente a la Corte, es necesario estudiar previamente si la sentencia es consultable, porque de ella surjan obligaciones contra la Nación. El envío del expediente era necesario para poder definir en vista de los términos del fallo, la cuestión que se había suscitado sobre la consulta, recurso que fue solicitado con insistencia por personas extrañas al litigio que estiman afectados sus intereses con el deslinde practicado.

El artículo 508 del C. J. establece la consulta para las sentencias que declaren alguna obligación a cargo del Estado, de los Departamentos y los Municipios. La Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia conoce en segunda instancia de los negocios civiles de que conocen en primera los Tribunales Superores de Distrito Judicial, conforme al artículo 37 del texto citado. Con arreglo a estas disposiciones, para que esta Sala pueda conocer por consulta de un asunto en que tenga interés la Nación, es necesario que el fallo de primera instancia declare alguna obligación a su cargo.

En el asunto que se estudia, la sentencia no declara obligación alguna a cargo de la Nación, y por tanto, tal providencia no es susceptible de consulta. En ella se aprueba una diligencia de deslinde de un predio de propiedad particular con baldíos de la Nación, en atención a que las partes interesadas por medio de sus representantes legales manifestaron su conformidad con la diligencia. La Nación estuvo representada en el juicio respectivo por el señor Fiscal del Tribunal de Buga y este funcionario, con fecha 6 de marzo de 1923, manifestó su aprobación a la diligencia de deslinde, después de hacer un estudio detenido de la cuestión.

El fallo consultado es el siguiente:

"Tribunal Superior.—Buga, abril de mil novecientos veintitrés.—Puesto que las partes han aprobado el deslinde y amojonamiento de la Hacienda de Calima con los baldíos de la Nación, practicado en los días 19, 20, 21 y 22 de febrero del año en curso, manifestando expresamente la una que lo aprueba y la otra que no tiene objeción que hacerle, se da por aprobado tal deslinde, y se ordena por tanto dar la posesión respectiva; diligencia para la cual se señalará oportunamente la fecha en que deba tener lugar. Notifíquese.—Antonio J. Bonilla, Jenaro Cruz V., Roberto Delgado, Néstor F. de Soto, Srio. en pp.".

El fallo fue notificado personalmente y las partes lo consintieron. Con él se terminó el juicio especial iniciado por el representante de la Nación para deslindar la Hacienda "Calima" de los baldíos nacionales. No se desprende de tal providencia obligación alguna a cargo del Estado, y por el contrario, en virtud de ella quedan definidos los linderos de los inmuebles, que era lo que perseguía la acción intentada.

El artículo 508 del C. J. ha limitado la consulta a las sentencias que declaran obligaciones a cargo de la Nación, los Departamentos y los Municipios, y no puede extenderse ese recurso a todos los fallos dictados en juicios en que tales entidades hayan sido partes. Es muy importante para fijar el alcance de la disposición citada, examinar las disposiciones que rigieron sobre consulta con anterioridad a la vigencia del actual Código Judicial.

El artículo 35 de la Ley 100 de 1892, establecía:

"La Nación, los Departamentos y los Municipios no podrán ser nunca condenados en

costas,. y las sentencias que se dicten contra tales entidades se consultarán si no fueren apeladas por parte legítima".

Conforme a esta disposición eran apelables no solamente las sentencias que declaraban obligaciones a cargo de las entidades nombradas, sino también las que les fueran adversas en alguna forma, como las absolutorias en los juicios por ellas promovidos.

Posteriormente el artículo 30 de la Ley 169 de 1896, que modificó la disposición anterior, estableció lo siguiente:

"Las sentencias en las cuales se declare alguna obligación a cargo de la Nación, los Departamentos o los Municipios, serán siempre consultadas con el superior".

El artículo 508 del C. J., vigente hoy, conservó el mismo principio, en estos términos:

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

La circunstancia de que tanto el artículo 30 de la Ley 169 de 1896 como el artículo 508 del C. J. vigente consagran el mismo principio, hace innecesario entrar a examinar cuál de las dos disposiciones es la que debe aplicarse al caso que aquí se contempla.

La doctrina que se acoge en este fallo es la que ha sostenido la Corte en numerosas sentencias. Con fecha 3 de mayo de 1933, la Sala de Negocios Generales dijo lo siguiente:

"Si a lo expuesto se agrega que los términos del artículo 508 son suficientemente claros, puesto que la expresión "que declaren alguna obligación a cargo de" no ofrece ambigüedad, desde luego que no tiene sino una sola interpretación, que es la de que en la sentencia se establezca o imponga una obligación a alguna de las entidades que la disposición menciona, es preciso concluír que, por aplicación de la regla consignada en el artículo 27 del Código Civil, no se puede desatender el tenor literal de la disposición, a pretexto de consultar su espíritu.

"Muy explicable es, por otra parte, la disposición del artículo 508, tal como queda interpretada, pues teniendo tanto el Estado como los Departamentos y los Municipios sus representantes en los juicios en que figuran como partes tales entidades, es natural presumir que desde que dichos representantes no hacen valer los recursos legales contra los fallos que en alguna forma sean adversos a aquellas entidades, es porque los estiman en un todo justos y arreglados a la ley. Habiendo, pues, una presunción muy fundada de legalidad de los expresados fallos, es muy puesto en razón que se haya establecido la consulta para aquellos casos que revisten mayor gravedad a causa de determinar o producir un cambio en la situación jurídica de las partes, como ocurre cuando se declara alguna obligación a cargo de las entidades que se dejan mencionadas, y no cuando el referido estado jurídico no sufre mutación alguna por obra del fallo. (GACETA JUDICIAL, número 1893, página 285)".

En sentencia de 22 de agosto de 1935, la Sala se expresó así:

"El artículo 508 del C. J. establece la consulta para las sentencias que declaren alguna obligación a cargo del Estado, de los Departamentos y los Municipios. La Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia conoce en segunda instancia de los negocios civiles de que conocen en primera los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, conforme al artículo 37 del texto citado. Al tenor de estas disposiciones, para que la Corte pueda conocer por consulta de un asunto en que tenga interés la Nación, se necesita que el fallo de primera instancia declare alguna obligación a su cargo. En los juicios iniciados a nombre de la Nación, cuando la sentencia absuelve a los demandados, no es procedente la consulta, porque no concurre la circunstancia exigida por el artículo 508 citado, y es obvio que si el demandante no se conforma con el fallo tiene el derecho de interponer el recurso de apelación, para defender el interés del Estado.

"En el asunto que se estudia, la sentencia no declara obligación alguna a cargo de la Nación, y por tanto, tal providencia no es susceptible de consulta. No tiene, por consiguiente, competencia la Corte para entrar a conocer de este negocio y así debe declararse, ya que la competencia, por lo que hace a la naturaleza del asunto y a la calidad de las partes, se determina por las disposiciones que detallan las atribuciones de cada autoridad judicial, y es improrrogable, salvo excepción expresa, al tenor de lo establecido por el artículo 151 del C. J. (GACETA JUDICIAL, número 1900, página 441)".

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, se abstiene de conocer de la consulta de la sentencia dictada en este juicio por el Tribunal Superior de Buga, con fecha siete de abril de mil novecientos veintitrés, por carecer de jurisdicción.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Eleuterio Serna R., Aníbal Cardoso Gaitán, Pedro A. Gómez Naranjo, Gustavo Gómez Hernández, Secretario.

EXCEPCION DE NULIDAD DEL TITULO EJECUTIVO

Las glosas que eleva a la categoría de alcance la Contraloría deben ser notificadas al responsable, lo mismo que el auto en que se deduce el alcance.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, once de febrero de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente, Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

El señor Manuel S. Caicedo C. desempeñó el cargo de Administrador de la Aduana de Buenaventura en los períodos de 1902 a 1905. Según certificación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público no se encuentran en los archivos de ese despacho el decreto original por el cual se le nombró para dicho puesto ni el acta de su posesión, pero tanto de la propia confesión de Caicedo como por la certificación del Ministerio (fs. 6, cuaderno N° 4) aparece que ejerció el cargo de Administrador de esa Aduana desde el 30 de marzo de 1902 hasta el 30 de marzo de 1905.

La Corte de Cuentas, en fenecimiento número 72, de 19 de octubre de 1921, liquidó en contra del señor Caicedo un alcance de $ 239.669.44 y varias multas a favor del Tesoro Nacional por valor de $ 110.00.

La Sala de Decisión de la referida Corte confirmó, en todas sus partes, el anterior proveído por auto 122, de 8 de junio de 1922.

El Departamento de Contraloría, en providencia número 966, de 12 de julio de 1934, reformó los autos de la Corte de Cuentas, en el sentido de reducir el monto del alcance a la suma de $ 118.704.50; el valor de las multas no sufrió modificación alguna, quedando fijado, como antes, en la cantidad de $ 110.00.

La providencia de la Contraloría sirvió de recaudo ejecutivo para el juicio que el Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales inició contra el responsable, librando orden de pago por vía ejecutiva, a favor de la Nación, por las sumas que le liquidó la Contraloría en la citada providencia número 966 de 1934.

El Recaudador de Hacienda Nacional de Buenaventura notificó el mandamiento al ejecutado el día 29 de febrero de 1936.

Durante el juicio el demandado propuso las siguientes excepciones:

a) Carencia de acción.
b) Nulidad del Instrumento Ejecutivo.
c) Prescripción de la acción ejecutiva.
d) Error de cuenta; y
e) La innominada (artículo 328 del C. J.).

Se ha dado al incidente la tramitación procesal de rigor, hasta llegar al estado de proferir fallo, a lo cual se procede, haciendo las siguientes consideraciones:

Teniendo en cuenta la disposición del artículo 344 del C. J., la Corte concreta su estudio a una sola de las excepciones propuestas, excepción que tiene el carácter de perentoria, y por lo tanto, si resulta probada, haría inútil el análisis de las demás. Es la de

Nulidad del instrumento ejecutivo.—Alega el excepcionante que los fallos, base del mandamiento ejecutivo, no fueron dictados de conformidad con las fórmulas procedimentales; que las glosas que le hizo la Corte de Cuentas no le fueron notificadas personalmente; que el juicio, que había durado en suspenso por varios años hasta 1921, época en que se dictó el fenecimiento, fue nuevamente abandonado hasta 1934, en que se dictó providencia reformatoria de la anterior, la que le fue notificada por un edicto de 24 horas, pretermitiendo lo ordenado por el artículo 322 del C. J.; por todo lo cual el instrumento ejecutivo adolece de nulidad.

La Corte observa que es indudable que este juicio se ha adelantado con graves irregularidades y violando disposiciones legales expresas.

La providencia número 966, de 12 de julio de 1934, proferida por el Departamento de Contraloría, y que constituye el título con que se adelanta esta ejecución, tiene tres graves anomalías: eleva a la categoría de alcance glosas que no fueron notificadas al deudor; se basa en copias que no son auténticas, y no fue notificado en forma legal al interesado, después de que el juicio duró paralizado por varios años.

La primera de estas irregularidades aparece demostrada en el certificado que expidió la Contraloría, a solicitud del apoderado del excepcionante, y que en lo pertiente dice así: "Certifica: que habiendo tenido a la vista el juicio de cuentas de la Aduana de Buenaventura, correspondientes a los años de 1903 y 1904, de la responsabilidad del citado señor Caicedo, no aparece en dicho juicio que se hubiera verificado al responsable la notificación respectiva de los proveídos que en seguida se mencionan, y por lo tanto, no es posible expedir copias de tales notificaciones". (Sigue la enumeración detallada de los siguientes autos, proferidos por la Corte de

Cuentas: auto número 99, de 27 de marzo de 1908; auto número 101, de 28 de marzo de 1908; auto número 100, de 27 de marzo de 1908; auto número 102, de 28 de marzo de 1908; auto número 103, de 28 de marzo de 1908; auto número 104, de 30 de marzo de 1908; auto número 105, de 30 de marzo de 1908; auto número 106, de 30 de marzo de 1908; auto número 107, de 30 de marzo de 1908; auto número 108, de 31 de marzo de 1908; auto número 109, de 31 de marzo de 1908; folios 9 y 10 del cuaderno número 4).

Se ve muy claro que los autos de glosas, proferidos por la Corte de Cuentas, no fueron notificados en forma alguna al señor Calcedo, quien por esta razón no podía presentar sus descargos en oportunidad.

Se observa que las copias de fenecimiento de 9 de octubre de 1921, de la misma Corte de Cuentas, y que corren de folios 9 a 11 del cuaderno número 1, carecen de la firma del secretario de la Contraloría y, por consiguiente, no son auténticas. La anomalía que esto entraña salta a la vista, si se tiene en cuenta que dicho fenecimiento, después reformado por la Contraloría, es en realidad la base sobre la cual descansa el mandamiento ejecutivo, y tiene, por lo tanto, una gran importancia dentro del proceso.

Asimismo se advierte que la ya citada providencia de la Contraloría, que definitivamente dedujo el alcance al ejecutado, no le ha sido legalmente notificada a éste. El juicio había estado en suspenso por mucho más de seis meses, y, de acuerdo con la disposición del artículo 322 del C. J., la providencia tantas veces citada debía de notificarse personalmente al interesado o, en caso de no hallarse a éste, por medio de un edicto que debía durar quince días en la secretaría del despacho y ser publicado una vez en un periódico del lugar, o en oficial del Departamento o, en último caso, en el Diario Oficial.

Al tratar de estas irregularidades el señor Procurador manifiesta: "La Procuraduría encuentra probada la última de las excepciones propuestas, o sea, la de insuficiencia del título ejecutivo, comprendida en ella, por cuanto que las copias del fenecimiento que obran de folios 2 a 11 del cuaderno número 1 no son auténticas, por carecer de la firma del secretario de la Contraloría, y por cuanto que el auto de folios 12 a 21 que especialmente sirve de recaudo ejecutivo, aunque lleva la firma de dicho secretario, no aparece que haya sido notificada conforme al artículo 322 del C. J...."

"De los párrafos transcritos se viene en conocimiento que el respectivo juicio de cuentas estuvo paralizado o en suspenso en un lapso que excedió en mucho de seis meses, y por lo tanto para librar el mandamiento de pago ha debido traerse a los autos el comprobante de que el auto de fenecimiento número 966 de 12 de julio de 1934 fue publicado por una vez en uno de los periódicos de esta ciudad o en el oficial del Departamento de Cundinamarca, conforme lo preceptúa el citado artículo 322 del C. J."

Todas estas consideraciones hacen creer a la Corte que el dicho título ejecutivo, por carecer de ciertas formalidades procesales, que no son tan solo de forma sino que encierran la garantía de derechos sustantivos, no es un título perfecto; que no es eficaz para adelantar una ejecución, pues carece de los requisitos que se prescriben para que esta clase de instrumentos puedan dar lugar a que se dicte mandamiento ejecutivo.

En el sentir de la Corte el título que se estudia está viciado de nulidad.

El señor Procurador, a fin de sentar precedente sobre la forma como deba adelantarse nuevamente la presente ejecución, en el caso de no resultar probada ninguna excepción perentoria, hace el estudio y consideración de cada una de las excepciones que propuso el demandado. La Corte, como ya lo expresó al principio de esta sentencia, no considera necesario el análisis de todas ellas, y para proceder así se atiene a lo dispuesto por el artículo 344 del C. J.

Las consideraciones expuestas llevan a la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia a declarar, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, probada la excepción de nulidad del título ejecutivo, alegada en este incidente por el ejecutado.

No hay costas.

Eleuterio Serna R., Aníbal Cardoso Gaitán, Pedro A. Gómez Naranjo, Gustavo Gómez Hernández, Secretario.

EXCEPCIONES

En varios fallos la Sala ha resuelto que la falta de reserva no es suficiente para dejar una suma a cargo del responsable, cuando aparece comprobado que el gasto se hizo con facultad suficiente y con orden superior.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales. Bogotá, febrero doce de mil novecientos treinta y siete.

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

El Juez 1º Nacional de Ejecuciones Fiscales con fecha 8 de abril de 1935, libró mandamiento ejecutivo contra el señor Luis Bastidas Bastidas, por la cantidad de $ 1.110, como responsable de las cuentas de la Contaduría Pagadora del Batallón Boyacá número 12, relativas a los meses de agosto de 1932 y enero de 1933, por los intereses y las costas.

El apoderado del ejecutado, doctor Domingo Romero, propuso la excepción de pago de los alcances materia del juicio ejecutivo y las que puedan desprenderse de los términos del artículo 329 del C. J. Tramitado legalmente el incidente, se pasa a fallarlo, previas las siguientes consideraciones:

Las excepciones se fundan en que el señor Bastidas no debe nada a la Nación, en que rindió sus cuentas legalmente y en que no distrajo dinero alguno en provecho propio. Agrega el excepcionante que los alcances se deben a mala interpretación del examen de las cuentas que rindió el empleado pagador. Se estudian separadamente los dos alcances que motivaron el juicio ejecutivo.

Cuenta de agosto de 1932

Con el Nº 386, la Contraloría dictó el auto de fecha 1º de febrero de 1934, que feneció la cuenta de la Contaduría Pagadora del batallón "Boyacá Nº 12", correspondiente al mes de agosto de 1932, con alcance de $ 460 a cargo del responsable señor Luis Bastidas Bastidas.

El cargo tuvo por base el hecho de que el responsable anticipó al señor José M. Trujillo la suma de $ 517.50, como segundo contado de un contrato de transporte de municiones, contrato que no fue cumplido en su totalidad y que el Ministerio de Guerra declaró sin efecto, con la advertencia de que sólo le correspondían al contratista del segundo contado $ 57.50. La diferencia, o sean $ 460, quedó a cargo del pagador señor Bastidas, según lo resuelto por la Contraloría.

El ejecutado alega que él no celebró el contrato con el señor Trujillo y que se limitó a pagar la suma autorizada por el Ministerio de Guerra, sin que pueda caberle responsabilidad alguna por esa erogación.

Durante el término de prueba se practicaron varias diligencias a solicitud del apoderado del excepcionante. El Teniente Coronel Nepomuceno Triviño, quien celebró el contrato autorizado por el Ministerio de Guerra, declaró lo siguiente:

"Es verdad que en año de 1932, con anterioridad al 17 de noviembre de ese año, celebró con facultad del Ministerio de Guerra, un contrato sobre conducción de munición de guerra con el señor José María Trujillo, de Pasto (Nariño), y armas, para trasladarlo a la ciudad de Popayán;

"Es igualmente cierto que anteriormente a la posesión del señor Luis Bastidas Bastidas, del vecindario de Pasto, como Contador del Batallón 'Boyacá', estaba vigente el contrato, aunque no recuerdo con precisión la fecha de tal posesión;

"Cuando el Ministerio del Ramo (Guerra) dispuso la suspensión del contrato aludido, en septiembre del año treinta y dos, ya se le había abonado al contratista señor Trujillo el último contado, pues ya los peones del señor Trujillo tenían una parte de munición de guerra lista para su traslación de Pasto a Popayán;

"Siendo contador el señor Luis Bastidas Bastidas, y en vista de la orden de suspensión de traslado de más material de guerra de Pasto a Popayán, orden emanada del Ministerio de Guerra, procedí a hacer un arreglo con el señor Trujillo para la devolución del dinero que recibió por concepto del último contado y por aprobación del señor Ministro de Guerra, por perjuicios que el señor Trujillo recibía al no hacerse el segundo viaje, teniendo ya los peones listos y las mulas para el transporte, se convino en que el señor Trujillo sólo cobraría la suma de $ 57.50, quedando a deber al Gobierno la suma de $ 460 líquidos".

También figura en autos una copia debidamente autenticada de los siguientes documentos:

"Sección de Contabilidad.—Nº 900.—Bogotá, julio 30 de 1932.—Comando Batallón. Pasto.—Autorízase Contador presuponer, pagar mil treinta y cinco pesos ($ 1,035.00) valor transporte (50) cargas fusiles y (180) cargas cartuchos de ésa a Popayán, presentando cuentas menores cien pesos. Relación cursa Contraloría.—Servidor,—(fdo.) Carlos Uribe Gaviria, Ministro de Guerra".

"Ministerio de Guerra.—Sección de Contabilidad.—Relación de autorización Nº 444. Autorízase al señor Luis Bastidas Bastidas. Contador Pagador del Bat. de Infantería 'Boyacá Nº 12', acantonado en Pasto, para pagar por cuenta del Ministerio de Guerra, con cargo al presupuesto del mes de julio, las siguientes cantidades.—Vigencia de 1932. Capítulo 39.—Artículo 344.—Fletes y transportes, $ 1,035.—Suma, $ 1,035.—Por: mil treinta y cinco pesos m. c. ($ 1,035).—Valor transporte doscientas treinta cargas, fusiles y cartuchos. Autorización dada en telegrama Nº 900 de fecha 30 de julio.—URGENTE POR TELEGRAFO (Sello) refrendado por $ 1,035.00. Pasó a la Tesorería.—Oficio Nº 153 de la Contraloría.—Del 4 de agosto de 1932.—Por el Ministerio de Guerra, fdo.) ALFREDO NIETO, Jefe Sec. Contabilidad. Bogotá, julio 30 de 1932.—Incorporado, (fdo.), Miguel Bernal,—Tenedor de libros".

No figura en autos copia del contrato celebrado por el Gobierno con el señor Trujillo para el transporte de las armas y municiones. Pero sí aparece acreditado lo siguiente con los documentos de que se ha hecho mención: Que el Contador Pagador señor Luis Bastidas Bastidas no celebró el contrato en referencia y que pagó su valor por orden del Ministerio de Guerra; que cuando el Ministerio suspendió el traslado de los elementos de guerra, ya había recibido el contratista el segundo contado; que cuando el señor Bastidas tomó posesión del cargo, ya se había celebrado el contrato y estaba en vigencia; que el comisionado del Gobierno, Teniente Coronel Triviño, hizo un arreglo con Trujillo, con aprobación del Ministerio, en el cual resultó éste con la obligación de pagar al Gobierno la suma de $ 460.

Según lo anterior, quien debe a la Nación la suma motivo del alcance es el señor José María Trujillo y no el pagador señor Bastidas, a quien no puede exigírsele responsabilidad por la erogación de la expresada cantidad, porque se cometería una injusticia, ya que él no dispuso del dinero en provecho propio, sino en cumplir una obligación de la Nación, con autorización del Ministerio de Guerra.

El señor Procurador Delegado en lo Civil anota algunas deficiencias en las pruebas y por esto llega a la conclusión de que el alcance debe dejarse a cargo del señor Bastidas. Pero la Sala estima que para juzgar este asunto no deben perderse de vista las circunstancias en que se celebró el contrato, en la época del conflicto con el Perú, cuando había necesidad de proceder con actividad y prescindiendo de muchas formalidades y requisitos que serían indispensables en una situación normal.

Por las razones expuestas, la Sala considera que está probada la excepción de inexistencia de la obligación en cuanto se refiere al primer alcance de $ 460.

Cuenta de enero de 1933

Esta cuenta fue fenecida por la Contraloría con un alcance de $ 650 a cargo del Contador Pagador señor Luis Bastidas Bastidas, por valor de varios artículos comprados de acuerdo con la relación Nº 1082/2661 y con Resolución Nº 312 del Ministerio de Guerra, por falta de reserva.

En autos figura copia de los siguientes documentos:

"Resolución número 312 de 1932 —(diciembre 21).— Por la cual se determina o reglamenta la inversión de una partida del Presupuesto de Guerra correspondiente al año de 1932. El Ministro de Guerra, en uso de sus facultades legales,— Resuelve:—1º Dep. Capítulo 34, artículo 324-A del Presupuesto de Guerra para 1932, destínase la suma de seis mil pesos ($ 6,000.00) para dotar de elementos y muebles de oficina a las distintas dependencias del Servicio Territorial Militar, suma que será girada en las cantidades que se expresan en seguida, a los respectivos Contadores del Ejército, así: ... Para la Zona de Nariño (Pasto. $ 650.00 ..... 2º—Las sumas a que se refiere el numeral anterior, se distribuirán así:.... Zona de Nariño (Contaduría del Batallón 'Boyacá') Sría. Dptal. del Serv. Terr. Mil. $ 250.00—Distrito militar Nº 1, $ 150.00. Distrito Militar Nº 2, $ 250.00 .....

.....

3º—Las sumas asignadas en el numeral anterior serán invertidas por los Secretarios Departamentales del servicio Territorial Militar y por los Comandantes del Distrito Militar, en la adquisición exclusiva de elementos y muebles para sus respectivas oficinas, teniendo en cuenta para el efecto las instrucciones que imparta el Estado Mayor General, a quien deberán remitir la lista o inventario de los elementos y muebles adqui-

ridos con indicación de los precios de compra. Los Contadores legalizarán el gasto ante la Contraloría General de la República, en la forma establecida por dicha entidad...

.....

Comuníquese y publíquese.—Dada en Bogotá, a 21 de diciembre de 1932.—(Fdo.) Carlos Uribe Gaviria.—(Fdo.) Aníbal Angel E., General Secretario".

"Ministerio de Guerra.—Sección de Contabilidad.—Relación de autorización Nº 1082. Autorízase al señor Luis Bastidas Bastidas, Contador Pagador del Batallón de Infantería 'Boyacá' Nº 12 acuartelado en Pasto. Para pagar por cuenta del Ministerio de Guerra, con cargo al presupuesto del mes de diciembre las siguientes cantidades:—Vigencia de 1932.—Capítulo 33.—Artículo 321. Completos sueldos $ 1,471.62.—Completo alimentación, $ $ 589.40.—Para compra de cotizas, $ 630.75.—Capítulo 34, Art. 324-A. Utiles de escritorio para la zona territorial de Nariño, art. 1º de la resolución Nº 312, $ 650.00..... Por el Ministro de Guerra, (Fdo.) Alfredo Nieto, Jefe Sec. de Contabilidad.—Bogotá, diciembre 28 de 1932.—Incorporado, (fdo.), Miguel Bernal, Oficial de Presupuestos".

En varios fallos la Sala ha resuelto que la falta de reserva no es suficiente para dejar una suma a cargo del responsable, cuando aparece comprobado que el gasto se hizo con facultad suficiente y con orden superior. En este caso la erogación se hizo en provecho de la Nación y por orden del Ministerio de Guerra y no es equitativo ni justo elevar el gasto a alcance en contra del responsable por el sólo hecho de faltar una formalidad de contabilidad. Sobre el particular el señor Procurador dice con mucho acierto que "el hecho de que ese gasto no aparezca autorizado en las vigencias del presupuesto, no implica ni podría implicar el nacimiento de una obligación para con el Estado, a cargo del empleado que invirtió dinero en provecho de aquél y con autorización de su superior".

Por estas razones, se debe declarar igualmente probada la excepción de inexistencia de la obligación en lo referente a este segundo alcance.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, de acuerdo en parte con el señor Procurador Delegado en lo Civil, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara probada la excepción de inexistencia de las obligaciones que motivaron el juicio ejecutivo adelantado por el señor Juez 1º Nacional de Ejecuciones Fiscales contra el señor Luis Bastidas Bastidas, como responsable de las cuentas de la Contaduría Pagadora del Batallón "Boyacá Nº 12", relativas a los meses de agosto de 1932 y enero de 1933. En consecuencia, se ordeña suspender el juicio y desembargar los bienes sujetos a la traba ejecutiva.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Eleuterio Serna R., Aníbal Cardoso Gaitán, Pedro A. Gómez Naranjo. Gustavo Gómez Hernández, Secretario.

EXCEPCIONES.—PRESCRIPCION CONTRA LA NACION

La prescripción extintiva de la acción ejecutiva de los créditos en favor de la Nación, se rige hoy por las disposiciones del Código Civil, como lo ha resuelto la Corte en varios fallos.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales. Bogotá, febrero diez y seis de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro A. Gómez Naranjo)

Con fecha 4 de agosto de 1924, el Juzgado 2º Nacional de Ejecuciones Fiscales libró mandamiento ejecutivo contra los señores Alejandro y José Santos Lezaca, por la suma de $ 964 en favor de la Nación provenientes de los gastos causados por el primero, en su condición de Cadete de la Escuela Militar, por los intereses y las costas. La fianza se ordenó hacer efectiva por Decreto ejecutivo Nº 1216 de 29 de agosto de 1928, por haber sido dado de baja el señor Lezaca, por mala conducta. A la escritura de fianza se acompañó la cuenta de los gastos, la que ascendió a $ 964, que el fiador se había comprometido a pagar llegado el caso. En esos documentos se apoyó el mandamiento ejecutivo.

El 2 de octubre de 1924, se notificó al señor José Santos Lezaca el auto ejecutivo y con él se adelantó el juicio, hasta el 12 de agosto de 1926, fecha de la última diligencia. El 15 de febrero de 1932, continuaron las diligencias en el Juzgado 1º de Ejecuciones Fiscales y el auto ejecutivo le fue notificado al señor Alejandro Lezaca el 30 de marzo del año referido.

El ejecutado señor Alejandro Lezaca, en memorial presentado el 3 de septiembre de 1936, propuso la excepción de prescripción de la acción ejecutiva. El apoderado del otro ejecutado señor José Santos Lezaca, propuso la excepción de inexistencia del título y coadyuvó la de prescripción iniciada por el primero.

Agotada la tramitación legal, se pasa a decidir el incidente, previas las siguientes consideraciones:

El doctor Antonio García Leyva, apoderado del señor José Santos Lezaca, fundamenta la excepción de inexistencia de la obligación en que con el documento de fianza no se demuestra que el cadete Lezaca quedó debiendo al tesoro nacional la suma por la cual se le ejecuta y en que se ha debido dictar una resolución haciendo la demostración del quebrantamiento de la fianza.

Se observa:

En la escritura de fianza se encuentra la siguiente cláusula: "Segunda. A pagar lo que la Escuela cobre de conformidad con lo dispuesto en el aludido reglamento en caso de que su fiado no sirva el tiempo exigido o que sea separado por mala conducta de la Escuela o del Ejército". A la escritura se acompañó la cuenta del cadete Alejandro Lezaca y una nota del Secretario del Ministerio de Guerra en la cual se le comunica al Juez de Ejecuciones Fiscales que por Decreto Nº 1216 de 29 de agosto de 1923, el referido cadete fue dado de baja por mala conducta. El ejemplar del diario Oficial donde aparece publicado el Decreto en cuestión, figura en autos, presentado por el señor Alejandro Lezaca (Nos. 19196 a 19199).

Los documentos mencionados son suficientes para demostrar la existencia de la obligación y por tanto, la excepción propuesta por el señor José Santos Lezaca no puede prosperar.

Con relación a la excepción de prescripción de la acción ejecutiva, propuesta por el señor Alejandro Lezaca y coadyuvada por su fiador, se tiene lo siguiente:

La prescripción extintiva de la acción ejecutiva de los créditos en favor de la Nación, se rige hoy por las disposiciones del Código Civil, como lo ha resuelto la Corte en varios fallos.

Por los datos que arroja el expediente, el tiempo de la prescripción se completó, a partir de la fecha en que la obligación se hizo exigible. No puede tenerse en cuenta la interrupción por la iniciación de la acción ejecutiva, porque el juicio estuvo abandonado por más de tres años. (Art. 2524 del C. C.). La prescripción de la acción en este caso favorece a los dos ejecutados.

El señor Procurador Delegado en lo Civil se expresa en la siguiente forma, en relación con esta excepción:

"Como desde el 19 de julio de 1923 entró a regir la ley 42 del mismo año que en su artículo 81 derogó el 257 del C. F., la prescripción extintiva de la acción efectiva de los créditos de la Nación entró a ser regida por el derecho común, o sea, por los artículos 2517 y 2536 del C. C.

"El ejecutado de acuerdo con el art. 41 de la ley 153 de 1887 se acogió a la prescripción de diez años de que hablan las disposiciones últimamente citadas.

"En concepto de este despacho, la excepción de que se trata se halla probada de conformidad con el ordinal 2º, del art. 2524 del C. C., pues si es verdad que dicha prescripción quedó interrumpida por la intimación que se le hizo al señor José Santos Lezaca el 2 de octubre de 1924 (fs. 8 vto., cuaderno Nº 1), no es menos cierto que el abandono que el Juez de Ejecuciones Fiscales hizo de este asunto por un lapso mayor de cinco años, según se demostró atrás, desvirtuó totalmente la interrupción de tal prescripción, y de allí que ésta se haya consumado legalmente".

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, de acuerdo con el señor Procurador y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara probada la excepción de prescripción de la acción ejecutiva propuesta por los ejecutados señores Alejandro y José Santos Lezaca y ordena suspender el juicio y desembargar los bienes sujetos a la traba ejecutiva.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Eleuterio Serna R., Aníbal Cardoso Gaitán, Pedro A. Gómez Naranjo. — Gustavo Gómez Hernández, Srio. en pdad.

AVISO PARA EXPLOTAR PETROLEO

Es de propiedad privada el petróleo existente en terrenos que salieron del dominio de la Nación antes de 1873. Son baldíos los terrenos no apropiados particularmente con títulos legítimos; son vacantes los inmuebles que habiendo estado bajo el dominio del hombre, no tienen dueño aparente o conocido.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Negocios Generales.—Bogotá, febrero veintidós de mil novecientos treinta y siete.
(Magistrado ponente: Dr. Eleuterio Serna R.)

El señor Diego Martínez, como Gerente de la Compañía de Petróleos, S. A., domiciliada en Cartagena, en memorial fechado el 18 de diciembre de 1935, se dirigió al señor Ministro de Industrias para darle aviso de que la mencionada sociedad se proponía efectuar exploraciones con perforación en busca de petróleo de propiedad del Municipio de Lorica.

El 9 de enero de 1936 el señor Ministro dispuso que se devolviera al interesado la documentación que se había presentado con dicho memorial, porque faltaban algunas de las condiciones exigidas por el artículo 27 de la ley 37 de 1931.

Para subsanar las irregularidades que se le pusieron de presente, el señor Gerente de la Compañía, por medio de su apoderado el doctor Enrique de la Espriella, adicionó el memorial rechazado, con los siguientes datos:

"Los terrenos de San Sebastián de Urabá miden aproximadamente dos mil cuatrocientas (2,400) hectáreas y están comprendidos dentro de los siguientes linderos: por el Norte, desde el punto Sur de los terrenos de San Juan de las Palmas, hoy Purísima, punto llamado Punta Gorda a otro punto que divide los terrenos de Santa Inés; por el Oeste, de este punto en línea recta al Sur hasta el río Sinú, en la boca de Cotocá; por el Sur, río Sinú, aguas arriba hasta el caserío llamado Babilla y por el Este de este caserío línea recta al punto de partida. Los terrenos de San Nicolás de Bari miden aproximadamente tres mil seiscientas cincuenta (3,650) hectáreas y tienen los siguientes linderos: Por el Norte, el río Ciego desde su desembocadura en el río Sinú, aguas arriba de dicho río Ciego hasta el punto donde llega la hacienda de Palermo, siguiendo la línea de Palermo hacia el Sur hasta cerca del lindero Nordeste de San Sebastián de Urabá, de este punto hacia el Oeste hasta el río Sinú y siguiendo este río aguas abajo hasta el punto de partida".

Después de algunas consideraciones, el 17 de febrero de 1936 ordenó el Ministerio pasar la respectiva documentación al señor Procurador General de la Nación "para que dentro del término que le señala el art. 27, inciso 2º, de la ley 37 de 1931, se sirva emitir el concepto que le corresponde sobre el valor jurídico de los documentos acompañados al aviso", y agregó la Resolución: "Es entendido que el término de sesenta días de que habla el art. 27 citado, en su inciso 4º, sólo principiará a contarse a partir de la fecha de recibo del memorial de corrección".

Allanado el impedimento que existía en el señor Procurador, que lo era en ese entonces el doctor Alberto H. Torres, este alto empleado emitió el dictamen, cuya parte principal se transcribe a continuación: "En cuanto al derecho que tenga el Municipio de Lorica y la Compañía de Petróleo, S. A., para hacer las exploraciones que avisa y para extraer el petróleo, resulta lo siguiente:

"Por escritura pública Nº 172 de 29 de diciembre de 1908 de la Notaría del Circuito de Lorica, el Personero Municipal de ese Distrito, una vez creadas las pruebas de que trata el artículo 4º de la ley 55 de 1905 para establecer el título de propiedad sobre terrenos pertenecientes a los extinguidos resguardos o parcialidades de indígenas de San Sebastián de Urabá y de San Nicolás de Bary, debidamente autorizado dicho Personero por la Gobernación del Departamento de Bolívar en resolución de fecha 14 de agosto y la de 28 de septiembre de 1908, y por ministerio de la misma disposición citada, perfeccionó la cesión del dominio de los terrenos de esos resguardos, que se encontraban abandonados, a favor del Municipio de Lorica, a fin de darle cumplimiento a lo preceptuado por el art. 2º de la ley ibídem que cedió a los Distritos Municipales esos terrenos de resguardos de indígenas ubicados dentro de su jurisdicción. Estimo que mediante el cumplimiento de esas formalidades que exigió la ley 55 de 1905, el Municipio de Lorica, en el Departamento de Bolívar, tiene sobre tales terrenos un título de dominio que es perfecto.

"Corrobora esto: el hecho de que por Resolución de 10 de noviembre de 1914 de la Cámara de Representantes, y por orden del Poder Ejecutivo, en Resolución de 25 de agosto de 1915, el Fiscal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena,

en representación de la Nación, promovió juicio ordinario ante dicho Tribunal contra el Municipio de Lorica y contra los señores Diego Martínez & Cía., para que se declarara que el subsuelo de los terrenos de esas extinguidas parcialidades era de propiedad de la Nación; que el contrato celebrado para explorar y explotar ese subsuelo, celebrado por ese municipio con los señores mencionados, era consecuencialmente nulo, y para que se condenara a los demandados a restituír a la Nación dichos terrenos; que el Tribunal de Cartagena absolvió a los demandados de los cargos de la demanda en sentencia de 1º de marzo de 1920, que fue confirmada por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de fecha 5 de diciembre de 1921; y que en la parte motiva de ambas sentencias quedó tácitamente reconocido el dominio del municipio de Lorica sobre los terrenos de esas antiguas parcialidades.

"Por otra parte, que el subsuelo de esos terrenos de las antiguas parcialidades o resguardos de indígenas pertenece hoy al municipio de Lorica, es incuestionable. Reconocido el dominio perfecto o pleno de los indígenas sobre los terrenos de los llamados Resguardos, parcialidades o comunidades, hasta con anterioridad al año de 1873, es obvio que el subsuelo también les pertenece, porque el Código Fiscal vigente en dicha época sólo reservó para la Nación el de los baldíos u otros que por cualquier título correspondan a ésta.

"No considero que es el caso de extenderme sobre ese particular, porque es asunto ya suficientemente esclarecido por la jurisprudencia nacional, que el subsuelo de los terrenos que eran de propiedad particular al entrar en vigor el Código Fiscal llamado de 1873, pertenece también a los dueños del suelo, pues la Nación sólo se reservó por mandato de dicho Código y de la Ley 30 de 1903, las minas de carbón, huano y cualquier otro abono semejante, las de cobre, hierro y otros metales, y los depósitos de petróleo, o aceite, mineral y asfalto de cualquier clase, consistente o color (sic), gas natural y cualesquiera otros productos de la misma o análoga naturaleza, que se descubran o existan en terrenos baldíos o en los que por cualquier otro título le correspondan".

El Ministerio oyó previamente el concepto del señor Abagado especial de petróleos, quien se expresó así en relación con el derecho del avisante a extraer el petróleo:

"Y es que para resolver esta delicada cuestión, y para apreciarla en relación con las pruebas aducidas, debe tenerse en cuenta que es requisito indispensable probar que los terrenos de que se trata estaban fuera del patrimonio nacional antes del 28 de octubre de 1873, y no con una prueba cualquiera, sino con una que demuestre efectiva y jurídicamente este hecho. Con esta prueba cabría el examen a fondo de la extensión de los derechos del propietario de entonces, y relacionar sus títulos con la legislación vigente al tiempo de su expedición. De todos esos elementos de convicción y de juicio sí podría llegarse, en definitiva, a adoptar un criterio razonable y justo sobre el fondo de la cuestión. Pero sin ellos, no cabe admitirse que se ha demostrado plenamente el derecho de un particular sobre el petróleo existente en determinada área del terreno de la República.

"En el título aducido se habla de las concesiones del Rey de España sobre los terrenos de que se trata, y en el memorial de aviso, de títulos de fechas muy anteriores al año de 1873, como fundamentales de la propiedad del municipio de Lorica sobre los mismos terrenos. Pero ni las reales cédulas constitutivas de las concesiones, ni los títulos a que hace referencia el interesado obran en autos. Apenas, como se ha visto, se presentó la copia de la escritura de cesión de esos terrenos al municipio de Lorica, título éste que por sí solo, como queda dicho, es por demás insuficiente para acreditar siquiera la existencia de la propiedad que allí se transfiere.

"Como pruebas fundamentales de cosa juzgada, en relación con el derecho de extraer el petróleo de que se trata, las sentencias en mención en principio parece que fueran obligatorias y que por tanto las autoridades administrativas no pudieran desconocer ni su contenido ni su alcance en el actual estado de cosas.

"Pero no puede echarse al olvido que una sentencia judicial apenas declara una determinada situación de hecho y de derecho, deducida de los hechos comprobados y del derecho justificado y alegado.

"Ella no constituye el derecho sino lo declara, y como simple declaración es incapaz de concurrir a comprobar la constitución del derecho mismo, cuya existencia jurídicamente demostrada es lo que se requiere, precisamente, en un caso como el que se estudia".

Los documentos que como probanza se presentaron ante el Ministerio, fueron:

1º Un ejemplar debidamente autenticado de la GACETA JUDICIAL de la Corte Suprema de Justicia, en el cual está publicada la sentencia de 5 de diciembre de 1921, de la Sala de Negocios Generales, por la cual ésta confirma la sentencia del Tribunal de Cartagena en el juicio ordinario de la Na-

ción contra el municipio de Lorica y la Sociedad "Diego Martínez & Cía.";

2º Un ejemplar autenticado de la "Gaceta Judicial", órgano del Tribunal de Cartagena, en el cual está publicada la sentencia de primera instancia del juicio antes citado;

3º Una copia en papel común, expedida por la Secretaría del Tribunal de Cartagena, referente al fallo de que habla el numeral 1º;

4º Copia registrada de la escritura número 172 de 29 de diciembre de 1908, otorgada en la Notaría de Bajo Sinú, por medio de la cual cedió la Nación al municipio de Lorica los terrenos que pertenecieron a las comunidades indígenas ya extinguidas de San Sebastián de Urabá y San Nicolás de Bary.

Como final de la actuación administrativa en este negocio, se profirió por el Ministerio de Industrias y Trabajo la providencia de 1º de abril de 1936, de la cual se transcriben los siguientes apartes:

"Además, ya se vio como los linderos de los títulos exhibidos son de todo punto inaceptables, y en qué forma hubo el interesado de presentarlos para que pudieran ser tenidos en cuenta, como requisito indispensable para el estudio de su aviso. Pero en esta nueva forma, precisa identificar éstos con los que figuran en los títulos, para apreciar si los terrenos a que éstos se refieren coinciden, en realidad, con los demarcados por el apoderado del avisante en el memorial de 29 de enero último. Y mientras esta identificación no se practique, mal puede este Ministerio estimar como un hecho demostrado esa identidad para los efectos consiguientes.

"Se dirá que el asunto de que se trata es ya cosa juzgada y que el Ministerio debe aceptar sin reservas ni discusión las sentencias acompañadas al aviso, como demostrativas de que son jurídicas y justas las pretensiones del interesado. Pero como lo dice el señor Abogado especial de Petróleos, una sentencia 'no constituye el derecho sino lo declara, y como simple declaración es incapaz de concurrir a comprobar la constitución del derecho mismo, cuya existencia jurídimente demostrada es lo que se requiere, precisamente, en un caso como el que se estudia'.

"Además, para un juzgador, que tiene amplia libertad de apreciación de las pruebas que se le presenten, bien pueden las sentencias aducidas constituir la base de una excepción de cosa juzgada. Pero para el Ministerio, que está llamado a resolver si se le comprobó o nó el derecho de extraer determinado petróleo, su decisión no puede recaer sobre pruebas para caso de excepción, sino sobre las directas, precisas y plenas que establezcan el dominio de un particular sobre un bien, que por regla general constituye una reserva del patrimonio nacional. Y esta prueba directa precisamente fue la que no adujo el interesado.

"Otro es el concepto del señor Procurador General de la Nación, cuyas conclusiones se dejan anotadas. Pero debe tenerse en cuenta que el señor Procurador General de la Nación estimó ciertos hechos y circunstancias que apenas obran en este expediente como simples referencias en los documentos acompañados al aviso, aceptables por el Procurador como bases de un concepto, pero inaceptables para el Ministerio como motivos y fundamentos de la resolución que debe dictar reconociendo o negando las pretensiones del interesado.

"Así, el señor Procurador habla de la existencia de los resguardos de las parcialidades de indígenas de San Nicolás de Bary y San Sebastián de Urabá, del carácter de propiedad particular de los terrenos de que se trata con anterioridad al año de 1873, de la inexistencia de la reserva nacional sobre los petróleos que allí puedan encontrarse, etc., hechos y circunstancias que apenas enuncian los documentos aducidos y que por deducción natural y lógica el criterio se inclina a considerarlos indubitables. Pero aquí no se trata de darle crédito a ésta o aquella afirmación, o de estimar probado un hecho por medio de referencias más o menos inobjetables y justas, o de aceptar la existencia o inexistencia de tal o cual derecho como resultado de un proceso mental de impecable lógica, sino de apreciar pruebas, de comparar éstas con los hechos fundamentales de la cuestión y de acomodar los hechos a la ley y al derecho alegados, procesos jurídicos y mentales cuya realización no permiten los documentos que presentó el interesado.

"Y no es que el Ministerio niegue los derechos del municipio de Lorica; apenas echa de menos la prueba de esos derechos y procede de conformidad.

"En mérito de estas consideraciones, el Ministerio de Industrias y Trabajo, apartándose del concepto del señor Procurador General de la Nación y visto lo dispuesto por el artículo 28 de la Ley 37 de 1931, ordena remitir estas diligencias a la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, para que dicha entidad, en los términos y por los motivos a que se refiere la disposición citada, decida si son o nó fundadas las pretensiones del interesado".

Habiendo llegado el negocio a esta superioridad, se le dio la tramitación legal, de acuerdo con el artículo 1204 del Código Judicial, disposición que era la única aplicable para rituar el juicio sumario de que habla la Ley 37 de 1931, ya que el Código Judicial actual no estableció un juicio sumario llamado de esta manera.

El artículo 1206 del mismo Código establece un juicio sumario, pero no en forma general, sino circunscrito "al registro de una marca de fábrica o de comercio, o concesión de una patente y al de que trata el artículo 76 de la Ley 45 de 1923".

Agotadas las ritudlidades, ha llegado la oportunidad de decidir, para lo cual se tiene en cuenta:

Durante el término de prueba, el doctor Guillermo González Brun, como apoderado del señor Martínez, presentó copia de una documentación protocolizada en la Notaría de Lorica, con la debida autenticación. Esa documentación contiene:

A) Las diligencias en donde consta una copia del título expedido por el Gobierno español respecto de los terrenos de San Sebastián de Urabá, para los indígenas;

B) Copia de las diligencias por medio de las cuales se restituyó en la posesión de sus tierras a los indígenas de San Nicolás de Bary;

C) Las diligencias por cuales se dio cumplimiento a la Ley 55 de 1905.

Se presentaron también:

1º Un certificado del señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del circuito de Lorica, en el que consta que el título correspondiente a los terrenos de San Sebastián de Urabá a favor del municipio de Lorica no ha sido cancelado por los medios que señala la ley; y

2º Copia del original del plano de los terrenos de San Sebastián de Urabá levantado por el ingeniero Yances en 1915, de acuerdo con plano levantado por el agrimensor del Gobierno español, don Antonio Andrade.

El señor Procurador General de la Nación, a quien se le confirió el traslado, lo descorrió así, después de aludir a la escritura número 172 de 29 de diciembre de 1908:

"Pero además de la prueba anterior, constitutiva del dominio, presentó el denunciante otra basada en una sentencia de esa Honorable Corte, por medio de la cual se declara de propiedad del municipio de Lorica los terrenos aludidos en oposición a las pretensiones de la parte demandante constituída por el Fiscal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, como representante de la Nación, quien solicitaba para ésta el dominio de tales terrenos. Dicha sentencia fue proferida por esa Alta Corporación con fecha 5 de diciembre de 1921, confirmando la de primera instancia del Tribunal de Cartagena.

"Considero que con los títulos anteriores ha establecido el pretendiente de manera completa que el Municipio de Lorica posee un título de propiedad suficiente sobre el suelo de los antiguos resguardos o parcialidades de indígenas de San Sebastián de Urabá y San Nicolás de Bary.

"No cabe duda acerca del derecho al subsuelo que tiene el municipio, ya que la Nación, con anterioridad al año de 1873, se había desprendido del dominio de ellos al constituir títulos perfectos en favor de los llamados resguardos o parcialidades de indígenas y la reserva que para la Nación hace el Código Fiscal vigente en aquella época sólo se refiere a las tierras baldías".

Después de esta prolija, pero necesaria relación, la Sala entra ya a estudiar el problema sometido a su decisión.

Dispone la Ley 37 de 1931 lo siguiente:

"Artículo 27. Toda persona natural o jurídica que pretenda efectuar exploraciones con perforación en busca de petróleo que repute de propiedad privada, o explotar dicho petróleo, deberá dar, en cualquiera de estos dos casos, un aviso al Ministerio respectivo, acerca de la persona para quien vayan a hacerse las exploraciones o explotaciones, la extensión y los linderos del terreno en que hayan de efectuarse y el día en que deban iniciarse.

"Al aviso deberá acompañar las pruebas que demuestren el derecho a extraer el petróleo que se encuentra o pueda encontrarse en aquel terreno. Tales pruebas serán enviadas al Procurador General de la Nación para que emita concepto sobre su valor jurídico dentro del término de treinta (30) días.

"En seguida el Ministerio, si fuere el caso, practicará las diligencias que estime necesarias para formar pleno conocimiento del asunto, tomará copia de las pruebas presentadas y devolverá los originales al interesado, declarando que éste cumplió con las formalidades del aviso.

"Si dicha declaración de que se ha cumplido con la formalidad del aviso no es hecha por el Ministerio dentro de sesenta (60) días después de recibido dicho aviso, se presume que el interesado cumplió oportunamente con su obligación de dar el aviso y presentar sus pruebas, pudiendo emprender en la exploración o explotación proyectadas, sin perjuicio del derecho de la Na-

ción para iniciar las acciones que estime del caso.....

"Artículo 28. Cuando el Ministerio del ramo, en vista de los documentos que se hayan presentado de acuerdo con el artículo anterior, o por las demás informaciones que obtenga, estime que es de la Nación el petróleo de que se trata, enviará toda la documentación a la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, para que dicha entidad, en juicio breve y sumario, en una sola instancia, y dando prelación al despacho de estos asuntos, decida si es o nó fundada la pretensión del interesado particular....."

La Sala entra a estudiar, en primer término, las sentencias que se acompañaron al aviso, para saber si ellas pueden ser apreciadas como prueba. Estos fallos se publicaron en los respectivos órganos de las corporaciones que los profirieron, y, por este aspecto, si esos órganos o revistas se consideran como periódicos oficiales, los documentos en ellos insertos se presumen auténticos.

Pero sucede que tales providencias no aparece que hubiesen sido registradas; al menos, esto no consta en los autos. Ahora bien: dispone el artículo 2652 del Código Civil, que "están sujetos al registro o inscripción los títulos, actos y documentos siguientes:

"2º Toda sentencia definitiva ejecutoriada que recayere en negocios civiles, bien haya sido pronunciada por un juez o tribunal de derecho, o por árbitros....."

Según la escritura 172 de 23 de diciembre de 1908, debidamente registrada, otorgada en Lorica por el Notario del circuito del Bajo Sinú, el Personero Municipal de aquel Distrito, una vez confeccionadas las pruebas de que habla el artículo 4º de la Ley 55 de 1905, y estando él autorizado, perfeccionó la cesión del dominio de los terrenos de los extinguidos resguardos de San Sebastián de Urabá y San Nicolás de Bary, que correspondían al mencionado Distrito por ministerio del artículo 2º de la antes citada Ley.

El proyecto de lo que fue después la Ley 55 de 1905 fue presentado a la Asamblea Nacional de ese año por el Gobierno. La Comisión que lo estudió para el segundo debate dijo así en una parte de su informe:

"Las posteriores disposiciones del proyecto tienen por objeto que pasen a ser del común de los correspondientes municipios los terrenos que han perdido el estado de resguardos, y, especialmente, los que aún conservándolo, son usufructuados por pueblos que han adquirido por la influencia de la civilización cristiana y con el patrocinio de las leyes, las condiciones requeridas para la vida ciudadana".

Sobre tales bases se expidió el artículo 4º de la mencionada ley, el cual, en su inciso final, dice:

"Declárense abandonados los Resguardos o terrenos correspondientes a poblaciones de indígenas que han desaparecido de entre dichos terrenos".

Según el contexto de la Ley 55 citada, lo que ella dispone es la trasmisión especial administrativa de los terrenos de resguardos que estaban abandonados o vacantes. Y hay diferencia entre vacantes y baldíos. Son baldíos, bajo el imperio de la actual legislación y del Código Fiscal de 1873, los terrenos no apropiados particularmente con títulos legítimos; y vacantes son los inmuebles que, habiendo estado bajo el dominio del hombre, no tienen dueño aparente o conocido.

Sobre esta materia es pertinente reafirmar la siguiente doctrina ya establecida por la Sala de Negocios Generales: "Lo dispuesto en la Ley 55 de 1905 en referencia no es sino la trasmisión a los Municipios en forma especial, de los terrenos de resguardos vacantes, que ya les pertenecían por la disposición general del artículo 82 de la Ley 153 de 1887, que declaró pertenecerles los bienes vacantes, con una excepción, y esa forma especial consiste en que según la Ley de 1905, el procedimiento para la cesión a los municipios de los resguardos vacantes es administrativo, en tanto que para la adquisición de los demás bienes vacantes se requiere sentencia judicial en juicio seguido al efecto".

De todo lo anterior se puede concluir que los terrenos de que se ha estado tratando pertenecen al municipio de Lorica.

A este respecto, como se ve de las transcripciones anteriores, el señor Procurador General de la Nación es de opinión que el petróleo existente en los referidos terrenos de San Sebastián de Urabá y San Nicolás de Bary pertenece al municipio expresado por haberse desprendido la Nación del dominio de esos terrenos a favor de las parcialidades de indígenas con anterioridad al año de 1873.

Para acreditar este aserto, durante el término probatorio del presente juicio, se adujo copia de una documentación en la que constan: el título del Gobierno español a favor de los indígenas de San Sebastián de Urabá en 1733, y la diligencia de posesión de los terrenos de San Nicolás de Bary, practicada en 1860.

Es verdad que las copias de estos títulos se tomaron no de las piezas originales sino de unas copias que se insertaron en la escritura número 172 ya citada y que reposa en la Notaría del circuito de Lorica. Y en rigor, sólo los instrumentos primitivos debieran considerarse como originales, tomando el vocablo en su sentido estricto; pero, de acuerdo con el inciso 2º del artículo 630 del Código Judicial, una copia de copia, en ciertas circunstancias, tiene valor de plena prueba. El artículo 632, ibídem, también da margen para una interpretación más amplia.

Por otra parte, ocurre que en el caso actual, el Notario del Bajo Sinú que dio la copia de los primitivos títulos es el mismo que expide la otra copia de la escritura número 172, en la que aparece inserta la primera copia de que se ha hablado.

La Sala de Casación Civil de la Corte en fallo de 26 de mayo de 1914 estableció la siguiente doctrina que debe reafirmarse por la Sala de Negocios Generales, porque tiene fundamentos incontrastables: "Dícese original o primordial la primera copia que literal y fielmente se saca de la escritura matriz, o sea del protocolo o registro por el mismo Escribano que lo hizo o autorizó. En rigor solamente la escritura matriz debiera llamarse original, porque toda escritura que no sea la matriz no es más que una copia, y porque sólo ella está firmada de los otorgantes y de los testigos en su caso; pero a pesar de todo se da el nombre de original, aunque con cierta especie de implicación en los términos, a la primera copia que se saca de la matriz, porque se extrae inmediatamente de su fuente, porque es el origen de todos los ejemplares, trasuntos y traslados que de ella se sacan sin acudir al protocolo, y porque se da suscrita y signada por el mismo escribano que hizo, perfeccionó y autorizó el protocolo". Esto dice el expositor Escriche en su Diccionario de Legislación y Jurisprudencia, tratando de instrumento público. Y con arreglo al inciso segundo del artículo 2606 del Código Civil, ese testimonio quedó con la fuerza que originariamente tenía, pues el objeto de la medida fue sólo la seguridad y custodia del documento protocolado. Si el Notario encargado de la custodia no pudiera expedir copias que tuvieran la misma fuerza que originariamente tenía tal documento, la protocolización lo inutilizaría y no tendría, por lo mismo, objeto, como en el caso del testamento protocolizado a que se refiere el número 250, página 400 de la Jurisprudencia de la Corte. Y no habiéndose objetado de falsa tal escritura pública, su copia expedida por un Notario competente ha debido, y debe tenerse, como prueba plena....."

El número 250 de la Jurisprudencia citada dice: "No deja de ser auténtica la copia de un testamento por no haberse expedido por el Notario que custodia el original, sino por aquél en cuya oficina está protocolizado el juicio de sucesión del testador. No hay necesidad de que se vaya a buscar cada documento de los que forman un expediente mortuorio protocolizado a la oficina donde debe estar original porque en este caso la protocolización no tendría objeto".

Con respecto al título de los Resguardos de San Nicolás de Bary sólo aparece copia de las diligencias por medio de las cuales se restituyó en la posesión del Resguardo a los indígenas de San Nicolás de Bary, practicadas en 1860 por el juez de la Provincia de Lorica por orden expresa del Tribunal.

El artículo 22 de la Ley 89 de 1890, "por la cual se determina la manera cómo deben ser gobernados los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada", permite comprobar con la solemnidad de la posesión judicial el derecho de una parcialidad sobre el Resguardo, cuando se hayan perdido los títulos.

Necesario es ahora ver la identidad de los terrenos determinados en el aviso con los linderos constantes en los instrumentos, cuya copia se adujo. Mas no es indispensable que la coincidencia en tales linderos sea absoluta para que se evidencie la identidad: basta que pueda deducirse razonablemente de la confrontación de ellos. Para saber si tal deducción puede hacerse es preciso examinar los linderos que los títulos expresan.

Respecto de los terrenos de San Nicolás de Bary, las diligencias de posesión contienen lo siguiente: En la primera se habla de un lindero situado en el lugar denominado "La Peña" a orillas del río. En la segunda se dice que la comisión siguió aguas abajo hasta el lindero llamado "El Palo de Compañía." En la última se manifiesta que la comisión se dirigió al lugar que se denomina "La Cruz de Soledad"; de allí, línea recta, al paraje "Santa Cruz", y de este punto al caño de la Loma, último lindero, "el cual pone término a los terrenos del Resguardo por el lado del río".

En la escritura número 172, el terreno en cuestión está delimitado así: "Por un lado, con el punto donde se encuentra un árbol nombrado de la "campaña"; por otro, con el lugar que llaman "La Cruz de Soledad"; por otro, con el caño nombrado "La Loma", y por el otro, con el punto que llaman "La Peña".

En el aviso que se dio al Ministerio de Industrias se habla del río Ciego y del Sinú. Confrontando estos linderos con los de las diligencias de posesión, se ve que apenas coinciden en que en ambos puntos se habla de ríos, pero nada más.

Con relación a los terrenos de San Sebastián de Urabá, en el título se dice que sus linderos "son como va declarado desde el que se puso en el fin de la Legua del Pueblo de San Juan de las Palmas, hasta el paraje que hace frente a la roca que llaman de Cocotá....." Y en la escritura número 172 se anotan estos linderos: "Por un lado, con terrenos del Pueblo de San Juan de las Palmas, hoy Purísima; por otro lado, con el frente a la boca del caño de Cocotá, y por el otro, con terrenos que fueron de los indígenas de San Nicolás de Bary, hoy de este municipio de Lorica".

De la confrontación de estos linderos con los del aviso, resulta que hay nombres que coinciden, pero no se deduce de modo firme que el terreno del aviso esté dentro de lo alinderado de modo general en los títulos.

Por esta razón, por la Sala se dictó el auto para mejor proveer de 13 de noviembre de 1936, para que se practicara una inspección ocular al lugar donde están los terrenos; y de la diligencia respectiva resulta:

Primero. Sobre los terrenos de San Nicolás de Bary, expusieron los peritos: "Reconocimos el punto denominado "La Peña", el cual queda a orillas del río Sinú; luégo, bajando este río, identificamos el sitio donde existió un árbol de higo llamado "La Campana" (equivocadamente de "La Campaña"), que corresponde con lo que es hoy la boca del "Río Ciego"; luégo establecimos la veracidad de la existencia de la llamada "Cruz de Soledad", en el límite de los terrenos de San Nicolás con los de Soledad. La cruz no existe actualmente, pero sí un mojón que delimita los expresados terrenos de San Nicolás y de Soledad; luégo reconocimos el Caño de la Loma que pasa por detrás de la población de Lorica y va a desembocar al río Sinú a pocos metros del sitio denominado La Peña. Hacemos constar que en la escritura número 172 citada, se omitió explicar que la Cruz de Soledad, primeramente, y luégo el mojón que la ha reemplazado, señala el límite no sólo de la parte de terreno que formaba parte del antiguo Resguardo de indígenas de San Nicolás, y que hoy pertenece a los herederos del General Miguel M. Torralbo, sino también, los de Soledad, que hoy pertenecen a los señores Máximo y Victoriano Martelo, y la hacienda de campo denominada "Palermo". De ahí que en el memorial de fecha 29 de enero de este año (1933), folio 55 del expediente (cuaderno número 2), se mencione a Palermo como limitando con el antiguo Resguardo de Indígenas. Por consiguiente, hemos llegado a la firme convicción de que los terrenos de San Nicolás de Bary están realmente comprendidos dentro de los linderos de que trata la escritura número 172 antes citada, y que dichos terrenos de San Nicolás de Bary, según los linderos del memorial de aviso, se encuentran dentro de los terrenos cuya posesión se dio a los indígenas por el señor juez de la Provincia en 1860".

Segundo. Expusieron los peritos sobre los terrenos de San Sebastián de Urabá: "Hemos practicado el recorrido de los terrenos del Caserío de Babilla, limítrofe con los terrenos de San Juan de las Palmas, hoy corregimiento de Purísima, en línea recta norte franco, hasta los potreros de los señores Ciprián, Morelo y José Francisco Nieves, lugar éste en donde quedaba el sitio que se denominaba anteriormente "Punta Gorda"; de este lugar, en la región Norte, los terrenos de San Sebastián de Urabá, colindan con fincas denominadas "Santa Cruz", "Arroyo Arena" y terreno "Palermo", hasta con el límite de la finca denominada "Santa Inés"; desde el punto que sirve de intersección entre los terrenos de San Sebastián de Urabá y la finca de "Santa Inés" y Ciénaga de Palermo, en línea recta y rumbo sur, los terrenos de San Sebastián de Urabá, limitan en toda la región Oeste con los de San Nicolás de Bary, hasta llegar al río Sinú frente a la Boca de Cocotá; por el Sur, el río Sinú, aguas arriba hasta los terrenos del Caserío de Babilla, punto de partida. Los peritos hacen constar que en la escritura número 172 antes citada, se mencionan únicamente tres de los cuatro frentes del paralelogramo que forma el extinguido Resguardo de indígenas de San Sebastián de Urabá y que ese lindero omitido lo constituye el río Sinú entre la Boca de Cocotá, aguas arriba, hasta los terrenos de Babilla. Por consiguiente, hemos llegado a la firme convicción de que los terrenos de San Sebastián de Urabá están comprendidos dentro de los linderos de que trata la escritura número 172 tantas veces mencionada, y que estos mismos terrenos, según los linderos fijados en el aviso ante el Ministerio de Industrias se encuentran dentro del título expedido por el Gobierno español, a favor de los indígenas de esa Parcialidad en el año de 1783".

Conforme a esta exposición de los peritos, que hace plena prueba, según el artículo 722 del Código Judicial, los terrenos del aviso son los mismos que constan en los títulos.

Comprobada la identidad y el hecho de haber pasado al dominio privado los terrenos antes del año de 1873, según la jurisprudencia que sobre esto existe, conviene transcribir lo que se dice en el artículo 7º de la Ley 160 de 1936, en la que se elevó a ley la susodicha jurisprudencia, cuando dispone que vale como prueba en favor de los particulares "el título emanado del Estado con anterioridad al 28 de octubre 1873, o a falta de éste, los documentos públicos de origen oficial emanados de autoridad competente que acrediten su existencia".

En mérito 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,

DECIDE

Por ser fundada la pretensión de la Compañía de Petróleo de Lorica, S. A., puede ésta adelantar las exploraciones con perforación en busca de petróleo en los terrenos de que trata el memorial de aviso de fecha 29 de enero de 1936, cuyos linderos quedan especificados en la diligencia de inspección ocular practicada a virtud del auto para mejor proveer de trece de noviembre de mil novecientos treinta y seis.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase al Ministerio de Industrias y Trabajo.

Eleuterio Serna R., Pedro A. Gómez Naranjo, Aníbal Cardoso Gaitán. Gustavo Gómez Hernández, Srio.

EXCEPCIONES.—PRESCRIPCION CONTRA LA NACION

Habiendo derogado el artículo 81 de la ley 42 de 1923 el 257 del Código Fiscal, se ha vuelto al régimen del derecho común en cuanto a la prescripción de la acción ejecutiva de los créditos a favor de la Nación.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, veintiséis de febrero de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

El Juzgado 2º Nacional de Ejecuciones Fiscales de Bogotá libró, con fecha 8 de agosto de 1932, orden de pago por vía ejecutiva contra el doctor José Manuel Guillén por la suma de quinientos pesos, provenientes de multa impuesta al mismo, como fiador de cárcel segura de Rafael García Reyes, por el Juzgado 2º Superior de Bogotá; asímismo, por auto de 18 de febrero de 1920, el mencionado Juzgado 2º de Ejecuciones, libró mandamiento de pago contra el referido deudor por la cantidad de doscientos pesos, valor de la multa que le fue decretada por el Juzgado 3º Superior de esta ciudad, en su calidad de fiador de cárcel segura del sindicado Aristides Martínez.

La documentación relativa al primero de estos juicios, fue recibida por el Juzgado de Ejecuciones el 27 de enero de 1922 (fs. 6, cuaderno principal), pero el auto ejecutivo sólo se dictó después de que habían transcurrido más de diez años; en el segundo juicio, el auto correspondiente lleva fecha 18 de febrero de 1920, pero no fue notificado al responsable hasta el 9 de octubre del año pasado, es decir, después de más de diez y seis años desde que la obligación se hizo exigible.

Los juicios fueron acumulados por auto de 15 de octubre de 1936.

Oportunamente propuso el ejecutado la excepción de **prescripción de la acción ejecutiva**, y, habiendo recibido el incidente la tramitación legal, ha llegado el momento de que por la Sala sea decidido el mérito de ella.

El ejecutado, haciendo uso de la opción que le concede el artículo 41 de la ley 153 de 1887, se ha acogido a la prescripción de diez años, establecida por el artículo 81 de la ley 42 de 1923, que al derogar el artículo 257 del Código Fiscal, dio nuevamente vigencia al artículo 2536 del Código Civil que estatuye dicho lapso para la prescripción de la acción ejecutiva y ordena que se cuente ella desde el día en que se hizo exigible la obligación.

Resta saber si en ambos juicios se ha operado ese fenómeno.

a) En la primera actuación. La prescripción debe comenzar a contarse desde el 1º de septiembre de 1923, día en que entró en vigencia la ley 42 de ese mismo año. No habían transcurrido los diez años necesarios, cuando el Juzgado de Ejecuciones Fiscales dictó auto de mandamiento ejecutivo de fe-

cha 8 de agosto de 1932. Es decir, la prescripción fue interrumpida civilmente. Pero como el juicio, luégo de haberse verificado la interrupción, fue abandonado por más de tres años, al tenor del numeral 2º del artículo 2524 del Código Civil, debe considerarse tal interrupción invalidada y no puede decirse que ella hubiera detenido la prescripción.

En efecto, aparece en autos que no hubo persecución al deudor por parte del Juzgado desde el día 8 de agosto de 1932, fecha en que al librarse contra él orden de pago pudo haber interrupción, hasta el 9 de octubre de 1936, en que le fue intimada tal providencia.

Claramente se ve —por no poder considerarse válida la interrupción civil— que habiendo transcurrido más de trece años desde cuando comenzó a contarse la prescripción extintiva de la acción ejecutiva, ésta última se ha extinguido para la Nación

b) En el segundo juicio se dictó auto de mandamiento ejecutivo contra el deudor con fecha 18 de febrero de 1920; por razones que no son del caso analizar no fue notificado él al responsable sino hasta el 9 de octubre del año próximo pasado, transcurriendo, por lo tanto, diez y seis años sin que por parte de los funcionarios de la jurisdicción coactiva se tomase ninguna providencia a fin de perseguir al ejecutado.

En consecuencia, en este caso también se operó a favor del deudor la prescripción extintiva de que se ha hablado.

El señor Procurador conceptúa que la excepción propuesta debe declararse probada.

Las razones expuestas llevan a la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema, a declarar, 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, probada la excepción de prescripción de la acción ejecutiva, alegada por el doctor José Manuel Guillén en el juicio ejecutivo que le adelanta el Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales para hacer efectivos dos créditos a favor de la Nación, por la cantidad de setecientos pesos. En consecuencia, se levanta el embargo de los bienes sujetos a la traba ejecutiva y se ordena suspender el juicio.

Cópiese, notifíquese y publíquese. Devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Eleuterio Serna R., Aníbal Cardoso Gaitán, Pedro A. Gómez Naranjo. Gustavo Gómez Hernández, Secretario.

PENSION

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, marzo ocho de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro A. Cómez Naranjo)

En sentencia de fecha treinta de mayo del año pasado, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín negó la pensión solicitada por el señor Eugenio Gómez P., vecino de Medellín, por servicios civiles durante treinta años. Consideró el Tribunal que la prueba de los servicios era deficiente y en esta circunstancia se apoyó para dictar el fallo. El actor apeló y el recurso dicho se le concedió en el efecto suspensivo.

Durante la segunda instancia se produjeron varias pruebas para completar la documentación presentada ante el Tribunal, a petición del apoderado del demandante doctor Víctor Cock. Terminada la tramitación legal sin que se observen causales de nulidad, se pasa a decidir el negocio en definitiva, previas las siguientes consideraciones:

Conforme al artículo 3º de la ley 29 de 1905, para gozar de la gracia concedida a los empleados civiles que han completado treinta años de servicios, se comprobará lo siguiente:

1º Que en los destinos 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;

6º Que como empleados de manejo están a paz y salvo con el Tesoro Nacional.

Las pruebas consistirán en documentos auténticos y declaraciones de cinco testigos idóneos, recibidas ante un Juez de Circuito,

con citación del respectivo Agente del Ministerio Público.

El demandante ha acreditado el desempeño de empleos civiles por más de treinta años. Sobre el particular el señor Procurador Delegado en lo Civil hizo el siguiente estudio de las pruebas, que la Sala encuentra ajustado a lo que aparece de autos:

"En la Junta Departamental de Caminos de Antioquia.

"Oficial escribiente, desde el 24 de abril de 1897 hasta el 20 de mayo de 1898.

"Aunque a los autos no se ha traído copia del acta de posesión correspondiente, el ejercicio por el demandante de este cargo se evidencia, primeramente, con el decreto de nombramiento Nº 496 de 24 de abril de 1897 (fs. 1 vuelto, cuaderno Nº 1), y con el certificado del bibliotecario-archivero de Antioquia, donde se hace contar que en el informe presentado por el Director de caminos en el año de 1898 al secretario de hacienda, manifiesta que los empleados subalternos de la oficina a su cargo son Eugenio Gómez P. y otro (fs. 6 vuelto, cuaderno Nº 4). Además, del texto del decreto Nº 672 de mayo de 1898, por el cual se promueve al señor Gómez al puesto de secretario de la misma junta, también se puede comprobar el ejercicio del destino en estudio (fs. 1 vuelto del cuaderno Nº 1).

"Secretario interino, desde el 20 de mayo de 1898 al 16 de julio de 1899.

"Según el certificado que figura a fs. 1 vto., cuaderno Nº 1 ya mencionado, el peticionario desempeñó este puesto en el período anotado, de conformidad con el decreto Nº 672, de 20 de mayo de 1898.

"Oficial escribiente. Nuevamente ocupó este puesto desde el 16 de julio de 1899 hasta el 27 de febrero de 1900.

"El ejercicio de este cargo se halla acreditado con el mismo certificado de fs. 1 vto., que dice: 'Que de esta fecha (julio 16 de 1899) volvió al de oficial escribiente. En febrero 27 salió el señor Jiménez de la secretaría y continuó el señor Gómez desempeñando el puesto de secretario de la junta". En concepto de la Procuraduría y por no haber sido halladas las respectivas actas de posesión, lo expresado en esta parte del certificado del jefe del archivo de Antioquia, es suficiente para comprobar el ejercicio de dicho cargo, a pesar de que no se han acompañado las pruebas correspondientes al nombramiento y posesión, pues en estos casos, lo que interesa saber ante todo es si hay o no constancia legal sobre el desempeño determinado del puesto, considerándose las pruebas del nombramiento y posesión sólo como auxiliares de esta prueba principal.

"Secretario en propiedad. Ocupó de nuevo este cargo del 27 de febrero de 1900 al 9 de febrero de 1901, en que fue suprimida la junta de caminos y adscritas sus funciones a la secretaría de hacienda. Sobre el ejercicio de este empleo no hay dudas al respecto (fs. 1 vto. y 2, cuaderno Nº 1, y fs. 6, cuaderno Nº 4):

"Con los testimonios de los señores Teodosio Ramírez Urrea y Ricardo Jiménez Jaramillo, aducidos en esta segunda instancia, se confirma plenamente el ejercicio de aquellos cargos en la forma que queda analizada (fs. 5, cuaderno Nº 4).

"De lo anterior resulta un cómputo total de tres años, 9 meses y 15 días.

"En el Tribunal Superior de Medellín.

"Oficial de secretaría, desde el 16 de octubre de 1903 hasta el 22 de enero de 1924, en que fue nombrado oficial mayor de la Sala en lo Criminal.

"Oficial mayor, desde el 22 de enero de 1924 hasta el 2 de junio de 1931.

"El desempeño de estos cargos se demuestra con los siguientes documentos: 1º Con las copias de los acuerdos expedidos por el Tribunal Superior de Medellín, por los cuales fue nombrado el señor Eugenio Gómez P. para los cargos anteriores, y que comprenden los períodos antes expresados (fs. 4 vto. a 6 vto., cuaderno Nº 1); 2º Las actas de posesión respectivas, aunque faltan varias de ellas (fs. 6 vto. a 8). 3º Con el certificado del Administrador de Hacienda Nacional de Antioquia, donde consta claramente el ejercicio de aquellos cargos por los mismos lapsos ya mencionados y con determinación de los sueldos que devengó por tal motivo (fs. 3, cuaderno Nº 1).

"Es decir, que al frente de estos destinos públicos estuvo por un tiempo igual a 28 años, 4 meses y 14 días.

"Sumando todas las cantidades anteriormente anotadas, tenemos un resultado de 32 años, 1 mes y 29 días, con lo cual ha acreditado suficientemente el señor Eugenio Gómez P. el primero de los requisitos exigidos por la ley 29 de 1905, para que la Nación le suministre una pensión mensual vitalicia".

Los testigos Juan B. Caro D., Ramón V. Molina, Enrique Restrepo J., Carlos E. Angel R. y Martín González, en declaraciones rendidas con las formalidades legales, dicen

que les consta que el señor Eugenio Gómez P. en los destinos públicos que ha desempeñado se ha conducido siempre con honradez y consagración; que carece de medios de subsistencia y que es el mismo que figura en la partida y en los nombramientos y posesiones que figuran en autos y en los certificados sobre servicios como empleado público; y que ha observado muy buena conducta en todo sentido. Con estos testimonios se han comprobado plenamente las exigencias de los numerales 1°, 2° y 4° del artículo 3° de la ley 29 de 1905.

Con relación a los otros puntos, también aparecen acreditados, pues se trajo a los autos la prueba de la edad, que pasa de sesenta años, y una certificación sobre que no ha recibido el demandante pensión ni recompensa del Tesoro Nacional y la constancia de que está a paz y salvo con dicho Tesoro.

Aparecen comprobadas todas las exigencias legales y por consiguiente, el señor Eugenio Gómez P. tiene derecho a la pensión que solicita, cuya cuantía debe ser la de $ 71 mensuales, o sea la mitad del último sueldo devengado. En atención a lo anterior, se debe revocar el fallo apelado para hacer la correspondiente declaración.

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, revoca la sentencia apelada y en su lugar decreta a favor del señor Eugenio Gómez P., vecino de Medellín, una pensión de jubilación de setenta y un pesos ($ 71) mensuales, que le será pagada del Tesoro Nacional desde el día veintiséis de noviembre 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 enviada a los señores Ministros de Hacienda y Crédito Público y de Gobierno y al señor Contralor General de la República.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Eleuterio Serna R., Aníbal Cardoso Gaitán, Pedro A. Gómez Naranjo. Gustavo Gómez Hernández, Secretario.

PENSION

El tiempo de servicios de los miembros del Congreso no puede computarse para los efectos de la pensión civil de que trata la ley 29 de 1905, porque esa ley se refiere solamente a los empleados civiles que hayan desempeñado destinos públicos por treinta años, y la representación nacional que ejercen los Senadores y Representantes no es un empleo, conforme al artículo 1° de la ley 61 de 1892.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, marzo ocho de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro A. Gómez Naranjo)

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en sentencia de fecha 27 de junio de 1936, negó la pensión solicitada por el doctor Pedro Sanz Rivera, como empleado civil. El interesado apeló del fallo y el recurso se le concedió en el efecto suspensivo. Tramitada legalmente la segunda instancia, se pasa a decidir el negocio, previas las siguientes consideraciones:

El Tribunal apoyó su decisión en la circunstancia de no aparecer comprobados treinta años de servicios como empleado civil, pues según el análisis de las pruebas hecho en la sentencia de primera instancia, sólo se acreditaron 28 años, 4 meses, 25 días de servicios. Durante el término de prueba de la segunda instancia, se practicaron a solicitud del demandante varias diligencias para subsanar las deficiencias anotadas por el Tribunal.

Conforme al artículo 3° de la ley 29 de 1905, para gozar de la gracia concedida a los empleados civiles que han completado treinta años de servicios, se comprobará lo siguiente:

1° Que en los destinos 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;

6º Que como empleados de manejo están a paz y salvo con el Tesoro Nacional.

Las pruebas consistirán en documentos auténticos y declaraciones de cinco testigos idóneos, recibidas ante un Juez de Circuito, con citación del respectivo Agente del Ministerio Público.

Como lo anota el señor Procurador Delegado en lo Civil, aparece suficientemente comprobado en autos que el doctor Pedro Sanz Rivera prestó sus servicios por más de treinta años en diversos puestos. Durante la segunda instancia quedaron acreditados los servicios prestados durante tres años y cinco meses, de 1899 a 1902, como Auditor General, Pagador y Proveedor de la Provincia de Tequendama. Para este fin se recibieron las declaraciones de Fernando Pinzón, Celso Sánchez C., Emiliano Duque R. y Heliodoro González. Los testigos están de acuerdo al sostener que el archivo respectivo desapareció a consecuencia de la guerra, razón por la cual se ha hecho imposible la presentación de la prueba escrita acerca del desempeño de los mencionados cargos. El doctor Sanz Rivera fue Secretario de la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia durante 22 años, 6 meses y 9 días y desempeñó también los cargos de Jefe de la sección de escrutinios, Intendente Nacional del Chocó, Secretario General de la Gobernación del Departamento de Facatativá, Juez 2º Principal del Circuito de Tequendama, Fiscal del Juzgado 2º Superior del Distrito Judicial del Sur, y Jefe de la sección de Gobierno del Departamento del Tolima. Sumado el tiempo que sirvió todos estos cargos, da un total de más de treinta años.

En el cómputo del tiempo de servicios del doctor Sanz Rivera, llega el Tribunal a una conclusión que la Sala no puede aceptar y que aun cuando no afecta al demandante porque hecho el descuento respectivo le quedan más de treinta años de ejercicio de empleos, es necesario rectificar. Dice así la sentencia:

"Del certificado visible al folio 1 vuelto del cuaderno principal, expedido por el Archivero del Congreso, aparece que el doctor Pedro Sanz Rivera ocupó curul como miembro de la Cámara desde el veinte de julio al diez de diciembre de 1904, o sea, durante cuatro (4) meses y veinte (20) días. Debe, pues, agregársele este tiempo".

El tiempo de servicios de los miembros del Congreso no puede computarse para los efectos de la pensión civil de que trata la ley 29 de 1905, porque esa ley se refiere solamente a los empleados civiles que hayan desempeñado destinos públicos por treinta años, y la representación nacional que ejercen los Senadores y Representantes no es un empleo, conforme al artículo 1º de la ley 41 de 1892. Esta disposición dice así:

"La Representación Nacional que ejercen los Senadores y Representantes, no es un empleo, sino un derecho que se rige por las disposiciones especiales que a él expresamente se refieren, y que no se extingue sino por muerte, por pérdida de los derechos políticos, o por renunciación expresa".

Los testigos Nepomuceno Bernal Méndez, Enrique Mariño Pinto, Angel María García, Abel López P. y Emilio Prieto Hernández, declararon con las formalidades legales que les consta que el doctor Pedro Sanz Rivera es persona honrada, que ha observado en todo tiempo conducta ejemplar, que es pobre y carece de renta mayor de cincuenta pesos, que tiene numerosa familia a su cargo y que los puestos que ha tenido los ha desempeñado con honradez y consagración. Con los testimonios mencionados se han comprobado plenamente los puntos 1º, 2º y 4º del artículo 3º de la ley 29 de 1905.

El Jefe de la sección respectiva del Ministerio de Hacienda y Crédito Público certifica que el demandante no es ni ha sido pensionado por el Tesoro Nacional, ni ha recibido recompensa alguna de fondos del erario de la Nación. (Folio 5 del cuaderno Nº 2).

En autos figura la partida de bautismo del doctor Sanz Rivera, expedida por el señor Cura Párroco de Cartago, en la cual consta que nació en el año de 1863. Tiene, por tanto, más de sesenta años, como lo exige el punto 5º de la disposición citada.

También se comprobó con el certificado del Contralor General de la República, (folio 5 del cuaderno número 4), que el actor no es deudor moroso del Tesoro Nacional.

Aparecen comprobadas todas las exigencias legales y por consiguiente, el doctor Pedro Sanz Rivera tiene derecho a la pensión que solicita. Se debe revocar el fallo apelado, para hacer la declaración correspondiente.

En relación con la cuantía se tiene lo siguiente: con arreglo a las disposiciones de la ley 29 ya citada, le correspondería al demandante como pensión la mitad del sueldo del último empleo ejercido, o sea, la suma

de $ 120 mensuales. Pero como el artículo 9º del Decreto Nº 136 de 1932 fijó en $ 80 el máximo de las pensiones civiles, a esa suma debe limitarse la cuantía de la gracia a que tiene derecho el doctor Sanz Rivera.

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, revoca la sentencia apelada y en su lugar decreta a favor del doctor Pedro Sanz Rivera una pensión de jubilación de ochenta pesos ($ 80) mensuales, que le será pagada del Tesoro Nacional desde el día veintinueve de agosto de mil novecientos treinta y cinco, fecha de la presentación de la demanda.

Esta pensión queda sujeta a las condiciones de suspensión y pérdida señaladas por las leyes.

Copia de esta sentencia será enviada a los señores Ministros de Hacienda y Crédito Público y de Gobierno y al señor Contralor General de la República.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Eleuterio Serna R., Aníbal Cardoso Gaitán, Pedro A. Gómez Naranjo. Gustavo Gómez Hernández Secretario.

CONSULTA DE UNA SENTENCIA

Cuando el Gobernador de un Departamento, apreciando equivocadamente disposiciones legales, dicta un decreto que lesiona intereses particulares, la circunstancia de la errónea o equivocada interpretación de la ley no le acarrea responsabilidad civil por la libertad de criterio para interpretarla.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, marzo quince de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro A. Gómez Naranjo)

Ha venido en consulta a la Corte la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Manizales con fecha 21 de agosto de 1935, por la cual se condena al Departamento de Caldas a pagar a la señora Orbilia López la suma de $ 211.19, como perjuicios sufridos por dicha señora y causados por efectos del decreto número 139 de 12 de marzo de 1934, expedido por el Gobernador del citado Departamento, doctor Jorge Gartner, y por su secretario de Educación Pública, señor Horacio Gallego. Tramitada legalmente la segunda instancia, se pasa a decidir el negocio en definitiva, previas las siguientes consideraciones:

La señora Orbilia López, mujer casada, vecina de Manizales, pidió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales que, previa citación y audiencia del representante legal del Departamento de Caldas, hiciera las siguientes declaraciones:

"Primera.—Que la citada entidad, o sea el Departamento de Caldas, se encuentra en la obligación de pagarme, dentro del plazo que para el efecto se le señale, en calidad de indemnización por los perjuicios que me fueron causados por medio del decreto número 139 del 12 de marzo de 1934, titulado "por el cual se traslada una escuela rural y se hacen unos nombramientos", decreto que aparece firmado por el doctor Jorge Gartner en su carácter de gobernador del Departamento, y por el señor Horacio Gallego J., en su calidad de director de Educación pública del mismo, la cantidad de doscientos cincuenta pesos moneda legal ($ 250.-00), suma esta valor de los perjuicios por mí sufridos por la inconsulta medida del gobierno departamental, desde el día trece de marzo hasta el tres de octubre del año pasado de mil novecientos treinta y cuatro.

"Segunda.—Que, en subsidio, debe pagarme la misma entidad departamental citada y dentro del plazo que se le señale para el efecto, la suma que en el curso del presente negocio le sea asignada a los perjuicios por mí sufridos, mediante el nombramiento de peritos nombrados en legal forma; y

"Tercera.—Que está en la obligación de pagarme, además, las costas que me demandare la presente acción ordinaria".

Los hechos de la demanda son los siguientes:

"Primero.—Soy institutora graduada en escuela normal y oficial de la república, y el título que como tal me acredita se encuentra debidamente registrado y refrendado, como podrá verse del diploma que en tiempo oportuno haré llegar a los autos.

"Segundo.—Como lo comprobaré en su debida oportunidad y en forma legal, de una manera superabundante, he servido por bastante más de veinte años en la educación pública oficial del departamento, sirviendo

siempre mis puestos en el magisterio con absoluta corrección, consagración, honorabilidad y competencia.

"Tercero.—A mediados del mes de marzo de mil novecientos treinta y cuatro venía desempeñando, en mi calidad de maestra titular, el cargo de directora de la escuela pública de "Arenales", de esta ciudad, situada en el barrio del mismo nombre.

"Cuarto.—Intempestivamente, en mitad del ya citado mes de marzo de 1934, la gobernación del departamento, sin mediar causa alguna justificativa para ello, como lo comprobaré en el curso del presente juicio, y mediante el decreto ya mencionado número 139 de ese mismo año, pretextando 'mal estado del local y graves inconvenientes para su funcionamiento en el lugar en donde se encontraba', clausuró la dicha escuela o la trasladó (pues ambos términos, como puede verse, apesar de ser antagónicos, los trae el tal decreto en su contexto), clausuró o trasladó la dicha escuela, digo, dejándome sin oficio alguno en el magisterio, violando así arbitrariamente el artículo 127, numeral 24, de la ley 4ª de 1913, en donde claramente se estatuye que el gobernador, en cuanto hace relación a los maestros, sólo podrá removerlos para mejorarlos, o por causa de mala conducta o de incompetencia comprobada, previa la tramitación establecida en las disposiciones vigentes sobre instrucción pública.

"Quinto.—En mi reemplazo en el puesto toda vez que lo resuelto por el tal decreto fue una verdadera y real traslación, fue nombrada la señorita Rosa Aguirre, como aparece del mismo decreto, dizque para servir la plaza de nueva creación con la partida que para el pago de mi sueldo tenía asignada el presupuesto.

"Sexto.—Como, a consecuencia de la inconsulta medida o disposición adoptada por el gobierno del departamento en su ramo de educación pública y contenida en el decreto tántas veces nombrado, se me causaron graves perjuicios y de relativa consideración, dado que soy una mujer pobre, madre de familia y con aquella disposición se me privó de un sueldo pequeño con el cual venía atendiendo a mi subsistencia y a la de mi familia, es justo, señores magistrados, de toda justicia, que el departamento de Caldas me reconozca como indemnización de perjuicios la suma al principio demandada o la que, mediante un peritazgo llevado a cabo en este mismo juicio, se determine".

Apoyó la acción en los artículos 1600, 1602, 1603, 1608 a 1610, y 1612 a 1615 del C. C.

Acompañó a la demanda copia de la sentencia ejecutoriada del Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Manizales, de fecha 15 de septiembre de 1934, que declaró nulos el artículo 1º y el inciso 2º del artículo 2º del Decreto Nº 139, de 12 de marzo de 1934, de la Gobernación de Caldas, "por el cual se traslada una escuela rural y se hacen unos nombramientos".

El Tribunal en su sentencia estudia a fondo el Decreto Nº 139 citado, para llegar a la conclusión de que la demandante no podía legalmente ser destituída de su puesto de maestra por la Gobernación del Departamento de Caldas. La Sala estima que no es el caso de entrar a analizar esta cuestión para saber si la Gobernación procedió legalmente o no al dictar el Decreto Nº 139, porque el Tribunal de lo Contencioso de Manizales, según la prueba que aparece de autos, declaró nulas las disposiciones del acto mencionado, por medio de las cuales se clausuró la escuela de "Arenales", se creó otra escuela en el sitio de "San Antonio" y se nombró para regentarla a persona distinta de la demandante. De manera que este punto está ya juzgado por la autoridad competente y la Corte no puede hacer otra cosa que respetar la decisión del Tribunal Administrativo.

El artículo 93 de la ley 130 de 1913, dice así:

"Las sentencias definitivas ejecutoriadas de los Tribunales de lo Contencioso Administrativo son obligatorias y no están sujetas a revisión por parte de la justicia ordinaria".

Juzgada la legalidad del Decreto Nº 139 y declarado nulo, le corresponde solamente a la Sala determinar si en virtud de ese acto se ocasionaron perjuicios a la demandante y si el Departamento de Caldas es responsable de ellos.

La señora Orbilia López por causa de la destitución de su puesto ocasionada por el Decreto en cuestión, se vio privada durante varios meses de su sueldo de maestra, y es obvio que esta circunstancia constituye un perjuicio grave, ya que con el producto de su trabajo atendía a la subsistencia de su familia. Sobre este particular declararon durante el término de prueba de la primera instancia los testigos Juan de la Cruz Flórez, Félix Naranjo, Juan C. Tobón G., Carmen Villa, Luis Franco y Moisés Morales Garzón.

El Gobernador doctor Jorge Gartner, al dictar el decreto que fue declarado nulo, procedió en representación del Departamento de Caldas, como primera autoridad adminis-

trativa, con facultades otorgadas por la ley. Por tanto, el Departamento es responsable de los perjuicios, ya que el acto referido se entiende expedido por dicha entidad, y el artículo 2341 del C. C. establece que el que ha cometido una culpa que ha inferido daño a otro está obligado a la indemnización de perjuicios. Sobre este punto están de acuerdo el Fiscal del Tribunal, quien representó al Departamento en el juicio en la primera instancia, el Tribunal en su sentencia y el Procurador Delegado en lo Civil al contestar el traslado respectivo en la Corte.

Los peritos avaluaron los perjuicios en la suma de $ 250. El Tribunal redujo la cuantía a $ 211.13, valor de los sueldos que dejó de recibir la demandante durante el tiempo que estuvo cesante, y negó la diferencia porque no aparecen comprobados en el expediente los perjuicios que tuvieron en consideración los peritos al hacer el avalúo. Esta conclusión del Tribunal la encuentra procedente la Sala de acuerdo con lo que aparece de autos.

En cuanto a las consideraciones del señor Procurador sobre la posible responsabilidad civil del señor Jorge Gartner, la Sala observa: el doctor Gartner procedió al dictar el decreto Nº 139 en su carácter de Gobernador y si apreció equivocadamente las disposiciones legales, esa circunstancia no puede acarrearle responsabilidad, por la libertad de criterio para la interpretación de la ley.

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 consultada.

Cópiese, notifíquese, publíquese, devuélvase.

Eleuterio Serna R., Aníbal Cardoso Gaitán, Pedro A. Gómez Naranjo, Gustavo Gómez Hernández, Secretario.

ACUERDO Nº 7

(mayo 7 de 1937)

En Bogotá, a siete de mayo de mil novecientos treinta y siete, se reunieron en Sala de Acuerdo los señores Magistrados de la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, doctores Pedro A. Gómez Naranjo, Eleuterio Serna R. y Aníbal Cardoso Gaitán, con el fin de elegir los Presidentes de las Salas para el período en curso, elección que dio el siguiente resultado:

Para presidente de la Sala de Negocios Generales, doctor Aníbal Cardoso Gaitán, quien prestó el juramento legal.

Para Presidente de la Sala Civil de Unica Instancia, doctor Eleuterio Serna R., quien prestó el juramento legal.

En constancia se extiende la presente Acta.

Comuníquese al señor Ministro de Gobierno.

El Presidente de la Sala de Negocios Generales,

Aníbal Cardoso Gaitán

El Presidente de la Sala Civil de Unica Instancia,

Eleuterio Serna R.

El Secretario,

Gustavo Gómez Hernández

SALA CIVIL DE UNICA INSTANCIA

UN CONTRATO ADMINISTRATIVO
LA CADUCIDAD DE UN TERMINO LEGAL NO PUEDE ALEGARSE COMO PRESCRIPCION.

El artículo 3º de la Ley 53 de 1909 —que señala un término perentorio para reclamar contra los actos de la Administración— contiene un precepto especialísimo que no puede ser resuelto por las disposiciones del derecho común, sino por las que están en armonía con la naturaleza peculiar de los actos administrativos, que deben estar revestidos de estabilidad. Por eso, al fijarse ese término, se establece una presunción de renuncia de las acciones por parte de los particulares interesados cuando los dejan transcurrir sin proponerlas; por tanto, en el caso de dicho artículo, el demandado no puede alegar prescripción: a) porque la alegación de ésta supone hechos que deben ser demostrados; b) porque el mero factor tiempo no es por sí solo determinante de prescripción, ya que en el caso de un término judicial éste caduca por ministerio de la ley.

LA DECLARATORIA DE CADUCIDAD en los contratos administrativos es una facultad indelegable del Gobierno que la hace valer como parte contratante y entidad de derecho público; la declaratoria de caducidad cancela el contrato, creando un verdadero estado de derecho. Desde el punto de vista del Derecho administrativo, ella surte los mismos efectos que la acción judicial de resolución del contrato de derecho común, pues por su fisonomía jurídica la caducidad en los contratos administrativos es equivalente a la condición resolutoria expresa de los civiles comunes, ya que en los primeros ella surge de la realización del hecho previsto en el contrato, y en los segundos, del cumplimiento de la condición.

Jurídicamente, la caducidad que declara la Administración termina los derechos del contratista, tanto los personales como los reales, porque "ipso facto" quedan sin valor los derechos o privilegios que consagra el contrato o la sucesión.

Declarada la caducidad administrativamente, no puede pedirse la resolución del contrato, pues sería suponer existente lo que no existe; por tanto, si se pidiera la resolución no habría materia judicial sobre qué recaer, pues se resuelven los contratos que estén produciendo sus efectos, pero no los que han expirado por cualquier causa. Pero sí puede invocarse la acción de perjuicios provenientes del incumplimiento por parte del Gobierno en el contrato por él caducado.

Para la declaratoria administrativa de caducidad es indispensable un procedimiento, que debe realizar el funcionario público al saber que el contratista ha infringido cláusulas esenciales del contrato, caso en el cual debe recoger las pruebas y dar del expediente traslado al contratista; luégo recibir las pruebas de descargo de éste, y por último dictar la resolución de caducidad, previo análisis lógico de todas las pruebas. Es claro que la facultad de declarar caducados los contratos está sujeta a normas, pues las causales de caducidad deben ser únicamente las fijadas en el contrato y las que emanen de la ley, sin que puedan aplicarse otras por analogía.

Como el civil, el contrato administrativo es una ley para las partes y obliga a todo lo establecido en él; pero por otros aspectos es distinto al civil, porque éste radica en la voluntad de las partes, mientras que en el administrativo, su espíritu se encuentra consignado en el servicio público. Es cierto que una vez realizado envuelve una norma convencional que debe respetarse, como lo exige la equidad, porque no por ser el Estado contratante dejan sus pactos de crear derechos perfectos para la otra parte. Pero el Estado puede, en virtud de la acción tutelar que ejerce para el mejor gobierno de los intereses que le están confiados, ejercer ciertas facultades, como la de declarar caducado el contrato, interpretarlo de acuerdo con las necesidades públicas.

LA FUERZA MAYOR O EL CASO FORTUITO es una noción esencialmente contractual, y se define como el hecho extraño a la voluntad del obligado y que él no ha podido prever ni impedir, pero que lo coloca en la imposibilidad de cumplir sus obligaciones. Lo constituyen, pues, tres elementos esenciales: imprevisión, inevitabilidad del hecho e imposibilidad de cumplir la obligación. No pueden considerarse como caso fortuito las dificultades o aumento de costo en la construcción de la obra, aunque materialmente éstas la hagan más difícil y gravosa, pues el caso fortuito depende, no tanto de la magnitud del suceso, como de su naturaleza, consistente en hechos extraordinarios que no están al alcance de la previsión humana.

En los contratos administrativos el caso fortuito debe alegarse ante el funcionario respectivo.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Civil de Unica Instancia.—Bogotá, diciembre nueve de mil novecientos treinta y seis.
(Magistrado ponente, Dr. Eleuterio Serna R.)

Resumida, la historia de este asunto es como sigue:

1º—El ministerio de correos y telégrafos celebró con el señor Jorge R. Ortiz C. el cuatro de agosto de mil novecientos treinta y tres un contrato que fue aprobado el once del mismo mes y que entró a regir el primero de septiembre de dicho año, por el cual el contratista se obligó a transportar los correos nacionales en las líneas de Oriente, en diez y seis vías distintas, con distintos precios en cada una de ellas, pero todas con un total de $ 2.800.00 mensuales.

2º—En el Parágrafo de la letra A) se estableció que el suministro de escoltas para la custodia de los correos era por cuenta del contratista, "excepción hecha de las líneas de Villavicencio y Arauca y Orocué a Puerto Carreño, en las cuales las escoltas serán por cuenta del Gobierno".

3º—Por la cláusula B) se comprometió el contratista "a prestar el servicio de los correos en las líneas de Villavicencio a Arauca y de Orocué a Puerto Carreño en embarcaciones movidas a (sic) vapor en el río Meta, a cuyo fin se obliga de manera expresa a proveer, en todo el tiempo del contrato, las embarcaciones adecuadas de tal clase, suficientes para ser cumplido con regularidad y de conformidad con los itinerarios que señale el Gobierno". Y allí mismo se estableció que el incumplimiento de esta obligación por parte del contratista sería causa de que el Gobierno declarase la caducidad del contrato administrativamente e impusiera la sanción correspondiente (Diario Oficial Nº 22395 de 23 de septiembre de 1933. Fs. 36 y 37 del C. 1º).

4º—La obligación de que el transporte se hiciera en embarcaciones movidas por vapor fue considerada como absolutamente esencial al contrato, según los términos de la Resolución Nº 482 de 8 de junio de 1933 que reformó la Nº 227 de 31 de marzo de dicho año sobre el Pliego de Cargos, por la cual se suprimió el art. 5º de esta última, y se dispuso: "2º—En lugar de la mencionada condición, los proponentes se obligan expresamente a prestar los servicios en embarcaciones de motor de combustión interna, sobre cuya capacidad transportadora, velocidad y seguridad, se reserva al ministerio la facultad de dictaminar, para autorizar o no su uso en la prestación de los servicios contratados.—3º—Si el adjudicatario no empezare a prestar los servicios el día señalado en la presente Resolución, en embarcaciones cuyo uso haya autorizado el ministerio en conformidad con el numeral 2º de la presente providencia, el Gobierno podrá declarar administrativamente caducado el contrato, por incumplimiento de esta condición esencial, e imponer al contratista una multa igual al valor de la fianza por él constituída de acuerdo con el artículo 16 del pliego de cargos (C. de pruebas del demandado, folios 10 vta.).

5º—Se obligó Ortiz en el mismo contrato a lo siguiente: "a) A pagar al Gobierno, por vía de multa, una suma igual al valor de una mensualidad del servicio, en caso de que no cumpla este contrato o de que por su culpa haya de declararlo caducado, administrativamente, antes del término señalado para su vencimiento, de conformidad con lo que dictamina el artículo 14 de la Ley 116 de 1923". Y en el artículo 12 se estipuló: "El Gobierno se reserva la facultad de declarar caducado este contrato, administrativamente, cuando el contratista deje de cumplir cualquiera de los compromisos que contrae, salvo los casos fortuitos o de fuerza mayor, debidamente comprobados".

6º—El ministro de correos y telégrafos, considerando que por el contratista se habían cometido algunas irregularidades por haber dejado éste de efectuar durante los meses de septiembre y octubre de 1933 dos viajes redondos entre las poblaciones de Orocué y Puerto Carreño, y porque no se prestó el servicio en lanchas movidas por vapor sino en bongos, profirió la Resolución Nº 203 de 31 de enero de 1934, por la cual se le dedujo al contratista la suma de $ 75.00 del valor de las cuentas del servicio prestado, y se le impuso una multa de $ 200.00 (C. 1º Fs. 14). Esta Resolución fue notificada el 7 de febrero de 1934. (C. 4º Fs. 22).

7º—Porque en los meses de noviembre y diciembre de 1933 adoleció el servicio de algunas deficiencias, como haberse transportado el correo en bongos o veleros y no en lanchas de motor, y por retardos en la línea de Villavicencio a Arauca, el mismo ministro, por la Resolución Nº 414 de 26 de febrero de 1934, ordenó deducir de las cuentas al contratista la suma de $ 200.00 y le impuso una multa de $ 400.00 (C. 1º Fs. 29 vta.) Esta Resolución fue notificada al contratista el 1º de marzo de 1934, (C. 4º Fs. 22).

8º—Posteriormente, el mismo ministro, en la Resolución Nº 508 de 10 de marzo de 1934, por la repetición de las irregularidades que sirvieron de base a las dos Resoluciones mencionadas, declaró caducado el contrato, a partir del 31 de ese mes, e impuso al contratista una multa igual al valor de una mensualidad del servicio, o sea la su-

ma de $ 2,800.00 (C. 1º, fs. 43). Notificada esta Resolución, el contratista pidió su revocatoria, la que fue negada por la Nº 953 de 23 de mayo de 1934 (C. 1º, fs. 15), que se le notificó el 1º de junio de dicho año (C. 4º, fs. 15).

9º—El contratista Ortiz, por libelo de 19 de diciembre de 1934, estableció demanda contra la Nación para que se hicieran algunas declaraciones (C. 1º, fs. 46 a 56). Esta demanda fue declarada inepta por providencia de 3 de junio de 1935. (C. 2º, fs. 4 a 8).

10.—Por este motivo, por medio de apoderado, el mismo señor Ortiz presentó la demanda de fecha 15 de junio de 1935, sobre la cual se trabó la litis contestación, solicitando algunas declaraciones en contra de la Nación con base en algunos hechos, de los cuales se hablará en el curso de este fallo.

11.—Agotada la tramitación que corresponde a este juicio, es ya el caso de decidirlo, para lo cual se estudiarán por separado las peticiones invocadas:

Primera petición

Está concebida así: "Primera.—Que por falta de cumplimiento de algunas de sus estipulaciones, la Nación colombiana representada por el Gobierno, violó el contrato de fecha cuatro de agosto de mil novecientos treinta y tres, aprobado el once de los mismos mes y año y estipulado entre el señor secretario del Ministerio de Correos y Telégrafos, debidamente autorizado, en nombre y representación del gobierno nacional, por una parte, y el señor Jorge R. Ortiz C., sobre conducción de los correos nacionales de las líneas de Oriente; y que, como consecuencia de esa violación, dicho contrato cesó en sus efectos jurídicos y el Estado contratista es responsable de los perjuicios causados con ella al otro contratante, señor Ortiz C.; perjuicios que se aprecian desde ahora en la cantidad de veinte mil pesos ($ 20,000.00) moneda legal colombiana, o en la cantidad que aparezca probada en el curso del presente juicio".

Como hechos fundamentales de esta solicitud, además del 1º —en que se hace referencia al contrato de que se habló arriba—, se enunció en el hecho 2º lo siguiente: "Allí mismo (en el contrato) el Gobierno se obligó, de modo especial, a suministrar por su cuenta las escoltas necesarias para la custodia de los correos en las líneas de Villavicencio a Arauca y de Orocué a Puerto Carreño, o sea mensualmente ocho escoltas que corresponden al número de viajes de servicio en dichas líneas, de acuerdo con lo pactado en los numerales 6 y 7 de la cláusula 2ª) del referido contrato, y el Gobierno no cumplió con esta obligación primordial para la eficaz ejecución del mismo".

El hecho 3º está concebido así:

"3º—Según el aparte b) del contrato mencionado, Ortiz C. adquirió la obligación de prestar el servicio de conducir los correos de Villavicencio a Arauca y de Orocué a Puerto Carreño, en embarcaciones movidas a vapor en el río Meta, y para cumplir esta obligación Ortiz C. compró embarcaciones de esta clase que luégo y por causa de la declaratoria de caducidad del contrato hecha por el Gobierno, tuvo que vender con grandes pérdidas. Así también hizo pérdidas considerables en la venta de las embarcaciones de otras clases y en la de los semovientes que hubo de adquirir para satisfacer los servicios a que estaba comprometido; servicios que suspendió debido a la fuerza mayor que el Gobierno le opuso por obra de la resolución mencionada; fuerza mayor que el Gobierno hizo efectiva hasta después de declarada por él la caducidad del contrato, obligando al señor Ortiz C. a conducir muchas toneladas de encomiendas y correspondencia cuando, según el criterio del Gobierno, él ya no era contratista según la declaratoria de caducidad hecha; obrar éste que le proporcionó a Ortiz C. cuantiosas erogaciones que el Gobierno no le ha satisfecho por haberse desvinculado de sus obligaciones para con él".

El señor Procurador General de la Nación, al descorrer el traslado de la demanda, pidió que la Corte negara todos y cada uno de los cuatro puntos petitorios de ella, por no convenir en ninguno; propuso la excepción de prescripción de la acción fundado en los artículos 4º de la ley 77 de 1931 y 3º de la ley 53 de 1909, en estos términos:

"La acción civil actualmente promovida contra la Nación es extemporánea teniendo en cuenta el artículo 4º de la ley 77 de 1931, según el cual, "Las resoluciones que dicten los ministerios del despacho ejecutivo, y que tengan por objeto resolver una solicitud sobre reconsideración o revocatoria de otra providencia de la misma índole, quedarán ejecutoriadas una vez que se notifique..." La Resolución Nº 953 de 23 de mayo de 1934 confirmatoria de la Nº 508 de 10 de marzo de aquel mismo año (por la cual se caducó el contrato), fue notificada personalmente al interesado con fecha primero de junio de 1934 y por tanto quedó ejecutoriada en esa misma fecha.

"Ahora bien: el artículo 3º de la ley 53 de 1909 dice que 'Los interesados deben intentar las acciones civiles que para ellos emanen de las decisiones de que hablan los artículos anteriores, dentro del plazo de seis meses comunes, contados desde la ejecutoria de la respectiva decisión. Vencido este término, sin que los interesados hayan hecho reclamación alguna, se presumirá que han renunciado toda acción civil, y la Nación quedará libre de responsabilidad por perjuicios...'."

A los tres hechos mencionados contestó el Procurador así:

"Al 1º—Es cierto, de acuerdo con el acto escrito publicado en el número 22393 del Diario Oficial.

"Al 2º—Es cierto en su primera parte, en cuanto el hecho esté conforme con los términos del acto escrito a que se hizo referencia en el ordinal anterior.

"En cuanto a la parte final, que dice que el Gobierno no cumplió con la obligación de suministrar por su cuenta las escoltas necesarias para la custodia de los correos en las líneas de Villavicencio a Arauca, y de Orocué a Puerto Carreño, contesto que si pudo en alguna ocasión no suministrar las escoltas, ello no relevaría al contratista de la obligación de rendir los viajes respectivos con correspondencia ordinaria, como lo tiene reconocido el demandante, siendo de observar que Ortiz C. no cumplió con esta obligación porque dejó de prestar muchos de los viajes que debía rendir aunque fuera con sola correspondencia ordinaria.

"Al 3º—Es cierto que Ortiz C. contrajo las obligaciones que dice el aparte b) del contrato mencionado, en la forma que dice el mismo contrato.

"En cuanto a que el contratista tuvo que comprar embarcaciones, y después venderlas con grandes pérdidas, y que lo mismo ocurrió con la venta que hizo de semovientes, no me consta.

"La declaración de caducidad del contrato provino de falta del contratista, en la forma que la Resolución de caducidad expuso, y por tanto el Gobierno no es responsable de las consecuencias que dicha declaración hubiera podido causar al demandante".

De antemano conviene ver si realmente existe la excepción de prescripción propuesta por el demandado fundada en el art. 3º de la ley 53 de 1909, que se deja transcrito.

Es evidente que cuando se introdujo la demanda ya habían transcurrido más de seis meses desde la notificación de cada una de las resoluciones. Pero, ¿cabe aquí proponer o alegar la excepción prenombrada? La Corte estima que no, por las siguientes razones:

1ª—Porque la disposición transcrita, consignada en una ley especial, contiene un precepto especialísimo, y la cuestión que en ella se contempla no puede ser resuelta por las disposiciones del derecho común, sino por las que están en armonía con la naturaleza peculiar de los actos administrativos, que deben revestir cierta estabilidad, pero no sembrar la incertidumbre en la gestión pública. Por eso, dicha disposición señala términos perentorios para reclamar contra los actos de la Administración, dictadas en asuntos entre particulares y el Estado; porque si son dictados en asuntos entre particulares, sí quedan sujetos al derecho común, conforme al Parágrafo de ese mismo artículo 3º, que dice: "Lo dispuesto en este artículo no comprende las resoluciones administrativas dictadas en asuntos entre particulares, los cuales podrán intentar las acciones civiles respectivas, conforme al derecho común".

2ª—Porque la mencionada disposición, que es un precepto de derecho administrativo, consagra un término perentorio para intentar las acciones civiles que emanan de las resoluciones administrativas referentes a contratos celebrados por particulares con el Gobierno, y al fijar ella ese término, establece una presunción de renuncia de las acciones por parte de los interesados que le han dejado transcurrir sin haberlas promovido; de modo que el demandado no puede alegar la prescripción, sino la expiración del plazo que tal disposición concede al perjudicado para establecer las acciones. Y se dice que no puede aquél alegar la prescripción, porque quien alega ésta, alega hechos que exigen ser demostrados; y en un caso como el que se estudia no hay nada qué demostrar respecto de la renuncia del actor, porque la ley la presume derivándola del hecho mismo de no haberse promovido la acción dentro de los seis meses de que habla el dicho artículo 3º

3ª—Porque el acto no impetró acción alguna directa contra las mencionadas resoluciones, sino que solicita la declaratoria de que el contrato cesó en sus efectos jurídicos, como consecuencia de violaciones de él por parte del Gobierno, y de que las resoluciones administrativas carecen de eficacia jurídica y no producen efecto contra el demandante, lo cual no constituye una acción emanada directamente de las resoluciones administrativas, sino que tienen como antecedente básico la ley del contrato.

4ª—Porque el mismo demandante, en la interpretación que le dio a la demanda en su memorial de 23 de mayo de 1936 (C. 3º. fos. 61), dice que en ella pidió la resolución del contrato y no "la revisión de las resoluciones sobre multas y caducidad".

5ª—Porque el mero factor tiempo no es por sí solo determinante de una prescripción; y porque en el caso de un término judicial, éste caduca por ministerio de la ley, mientras que la prescripción debe alegarse y a veces se suspende o se interrumpe. Los seis meses del artículo 3º de la ley 53 de 1909 no son plazo de prescripción sino término de caducidad.

No siendo pertinente la alegación de la excepción dicha, es necesario ver si el Gobierno sí violó el contrato, lo que sería causa de cesación en los efectos jurídicos de éste, y si, por tanto, es responsable de perjuicios ocasionados al demandante, según lo solicitado en la primera petición.

Varios aspectos hay que considerar sobre este punto:

Primero.—Es el primero el que se relaciona con la petición de resolución del contrato, que, como queda visto, según el memorial de 23 de mayo de 1936 del demandante, es a lo que se refiere la solicitud.

Si en realidad se trata de una petición de resolución del contrato, hay que considerar lo siguiente:

Que el contrato, antes de la demanda, se había declarado caducado por el Gobierno. En principio, la caducidad es la declaratoria que una de las partes hace, en virtud de estipulación, de que el contrato se termina. Administrativamente, es una facultad indelegable del Gobierno, que la hace valer como parte contratante y como entidad de derecho público. Esa declaración cancela el contrato, creando un verdadero estado de derecho.

Si la caducidad se mira desde el punto de vista del Derecho privado, es algo así como una causa de resolución estipulada expresamente en el contrato; y si desde el punto de vista del Derecho administrativo, ella surte los mismos efectos que la acción judicial de resolución del contrato, pues lo termina. Esto es así, porque en su fisonomía jurídica, la caducidad en los contratos administrativos es equivalente a la condición resolutoria expresa de los civiles comunes: en aquéllos, la caducidad surge de la realización del hecho previsto en el contrato, y en éstos, del cumplimiento de la condición. En ambos, sin embargo, conduce al mismo resultado, que es el de romper el vínculo contractual entre las partes, aunque se diferencian en cuanto a la manera como debe declararse la realización del evento que da lugar a la caducidad o que constituye la condición resolutoria.

Jurídicamente, la caducidad que declara la Administración deja terminados los derechos del contratista, tanto los personales como los reales, porque ipso facto quedan sin valor los derechos o privilegios que consagre el contrato o la concesión.

Siendo esto así, surge un problema: caducado el contrato, ¿puede pedirse la resolución de él, dejando intacta la caducidad? Hay que responder que no, porque si el contrato, por la declaración de una de las partes, se ha caducado, no puede pedirse por la otra su resolución, pues sería suponer existente lo que no existe. La resolución sólo puede pedirse para los contratos que tengan existencia, ya que de otro modo no habría materia judicial sobre qué recaer, pues se resuelven los contratos que están produciendo sus efectos, pero nunca los que han expirado por cualquier causa legal.

Lo anterior no sería óbice para la procedencia de una acción de perjuicios. En efecto: la Sala de Casación Civil, en fallo de 5 de noviembre de 1936, dijo lo siguiente: "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 accesorio, porque la obligación de indemnizar perjuicios no proviene del contrato mismo, sino de una inejecución consumada o de un rehusamiento a cumplir la prestación que equivalga a su inejecución".

Segundo.—Pero dejando de lado cualesquiera otras consideraciones, debe tenerse en cuenta que en la primera petición que se estudia lo que se solicita es que se declare que por incumplimiento de algunas de las estipulaciones del contrato por parte del Gobierno, éste lo violó, y que, como consecuencia de esa infracción "dicho contrato cesó en sus efectos jurídicos y el Estado contratista es responsable de los perjuicios causados con ella al otro contratista, señor Ortiz C.".

El hecho propuesto como base del no cumplimiento por el Gobierno es el 2º, que se dejó transcrito, y en el cual se enuncia que el Gobierno estaba obligado a suministrar ocho escoltas mensuales, de conformidad con los numerales 6 y 7 de la cláusula A) del

contrato, y que él "no cumplió con esta obligación primordial para la eficaz ejecución del mismo".

Es cierto que el Gobierno se comprometió a suministrar las escoltas dichas; pero también es verdad que ello no podía relevar a Ortiz de transportar el correo en lanchas movidas por vapor, porque ésta fue una condición que se consideró como esencial del contrato, según lo visto arriba, ni tampoco lo relevaba de la obligación de acarrear la correspondencia ordinaria, porque estaba comprometido a ello, aunque no se le suministraran las escoltas, como lo reconoce él mismo en el siguiente telegrama que ha obrado en autos y ha sido aceptado por él:

"Bogotá, 18 de octubre de 1933.—Severo Prieto.—Villavicencio.—Administrador correos ésa informa Ministerio usted quiere entregar de nuevo correo recibido, alegando dióscle orden en ese sentido, por remoción escolta. Mi telegrama dice únicamente no movilice correo encomiendas cuando no haya escolta; si hay escolta, sírvase movilizarlo. Correspondencia ordinaria debe movilizarse siempre aunque no haya escolta.—Vacarrilla. Jobertiz".

Este documento indica ser cierto lo que se dice en la Resolución Nº 953, cuando se expresa en ella que el Gobierno, de común acuerdo con Ortiz, convino en que cuando "fuera a salir alguno de los correos que el contratista estaba obligado a prestar de acuerdo con el contrato y no hubiera escolta, tal correo debería salir pero únicamente conduciendo correspondencia ordinaria y no encomiendas".

Es conveniente transcribir lo que a este respecto dice el señor Procurador General de la Nación (fs. 108, C. 1º):

"Pero, es preciso observar que en esta ocasión, fuéra de existir el convenio referido, la falta de cumplimiento de aquella cláusula no puede ocasionar perjuicio alguno al ex-contratista Ortiz. Por el contrario, y contra lo alegado por el demandante, la no prestación de los servicios de escoltas pudo perjudicar en todo caso los intereses públicos, pues al resultar, con tal motivo, algún extravío de valores en la correspondencia de aquellos lugares, la responsabilidad de la pérdida sobrevenía al propio Gobierno, sin afectar en nada los derechos de Ortiz.

"Y precisamente, como lo afirma el demandante, dicha cláusula constituye la exoneración de la responsabilidad del contratista Ortiz en el cumplimiento de su obligación de conducir los correos y poder obligarse según los ordinales j, k y l del contrato. Sin esa garantía, su responsabilidad quedaba deslindada de las obligaciones contenidas en las respectivas cláusulas penales. Luego, ¿quién era el interesado en que aquellos correos de Oriente se condujeran escoltados? Claro que el Gobierno, único responsable ante terceros de cualquier pérdida en la correspondencia.

"De aquí la razón para que el Ministerio pactase con el señor Ortiz en el sentido de que cuando no suministrara escoltas sólo quedaba éste obligado a conducir el correo ordinario dejando el de encomiendas, precisamente para evitarse el Ministerio la pérdida de valores a su cargo. Pero como quien se perjudicaba con esta medida era el propio Ministerio, el ex-contratista no sólo la aceptó, sino que la puso en práctica inmediatamente, pues esta liberación le reportaba muy buena ganancia".

Fuéra de esto, que es evidente, debe observarse también que no siempre pueden dar acción o excepción las supuestas violaciones de un contrato cuando la parte agraviada, después de aclarada la interpretación de las estipulaciones contractuales, aparece sin reparo dándole pleno efecto a lo estipulado, cumpliendo sus compromisos y aceptando el cumplimiento, que estima defectuoso, de la otra, porque esa actitud de tolerancia implica que aquella parte prefiere en ese momento la subsistencia del contrato a las ventajas que pudiera reportar de lo que ella considera mal cumplimiento de parte del otro contratante.

Pero el apoderado del actor dice en su alegato de conclusión respecto a la modificación verbal del contrato:

"Con efecto: el Ministerio rechazó como inexacta la aseveración hecha por el contratista Ortiz de que en conversación con el Director del Departamento de Correos se había resuelto que no se hicieran sino dos viajes mensuales, modificándose así el contrato por una nueva convención; pero sí aceptó el mismo Ministerio que un convenio verbal consistente en que 'cuando fuere a salir alguno de los correos que el contratista estaba obligado a prestar de acuerdo con el contrato si no hubiere escolta, tal correo debería salir pero únicamente conduciendo correspondencia ordinaria y no encomiendas', sí producía efectos".

Y más adelante agrega:

"Es de observar también que el Ministerio rechaza el convenio verbal en cuanto pueda favorecer a Ortiz y con fundamento en que las cláusulas del contrato estaban en vigencia; pero acepta ese convenio en cuanto suprime las escoltas que estaba obligado a suministrar, según los términos del mis-

mo convenio verbal a que el Ministerio se acoge y que modifica aquellas cláusulas.

"Yo también me acojo al contrato y a las estipulaciones en él contenidas para concluir, en fuerza de los hechos probados, que el contrato no ha sido modificado en ningún sentido, y que sus cláusulas, tales como la contenida en el parágrafo arriba copiado, obligan al Gobierno a suministrar las escoltas para conducir el correo en aquellas rutas, ya se trate de encomiendas, valores, recomendados, correspondencia, etc., etc. Precisamente porque esa cláusula es la garantía de la responsabilidad del contratista Ortiz, esa cláusula es esencial para el cumplimiento de la obligación de conducir los correos y poder obligarse según los ordinales J, K, y L del contrato referido, subsanando "toda falta en los valores de los correos de correspondencia y encomiendas, sea total o parcial; pagando al Gobierno la suma de doce pesos ($ 12.00) por cada recomendado que se pierda; pagando al Gobierno de dos a cien pesos ($ 2.00 a $ 100.00) de multa por pérdida, extravío, inutilización, expoliación o daño en cualquiera clase de correspondencia o de encomiendas, sin perjuicio de la indemnización que corresponda a los interesados".

No puede perderse de vista que se trata de un contrato administrativo y no de uno civil, y que, por tanto, lo que se previene y dispone en uno de esta clase no puede siempre predicarse de aquél, porque en el contrato civil, todo su espíritu radica en la libertad de las partes contratantes, mientras que en el administrativo su espíritu se encuentra consignado en el servicio público. Por ello, en lo civil, querer, de común acuerdo, es poder, en tanto que en el administrativo no se goza de la propia libertad. De aquí que, aunque la Administración no puede modificar los contratos que celebre sino cuando la modificación está autorizada por la ley, o cuando se acuerde con las mismas formalidades y garantías a que se ajustó para la celebración de ellos, no puede negársele en absoluto, y sin grave riesgo, la facultad de interpretar el contrato de acuerdo con las necesidades públicas. Estas interpretaciones no entrañan en manera alguna mutación sustancial cuando se reducen a meros accidentes que puedan dejar de existir sin que por ello se haga imposible la continuación del contrato en los términos estipulados.

Tal interpretación, realizada por actos de ejecución, al tenor del inciso tercero del artículo 1622 del Código Civil, consistía en que cuando por el Gobierno no se pudieran suministrar las escoltas para el transporte de los correos de encomiendas, no se portaran éstos, sino únicamente los de correspondencia particular, sin que tal cosa novara el contrato, ni menos obligara a la Administración a pagar indemnización al contratista, porque éste, no solamente no se perjudicaba, sino que, al contrario, quedaba favorecido, ya que tenía derecho a cobrar el precio estipulado con disminución de trabajo y de costos.

Se deduce de lo anterior que el Gobierno no incumplió el contrato por haberse abstenido de suministrar algunas de las escoltas a que estaba obligado, por haberlo convenido verbalmente con el contratista, y que esa omisión no causó perjuicio alguno a éste, ni el contrato, por ello, dejó de producir efectos jurídicos entre las partes, pues no se ha comprobado por el demandante que sin las escoltas él no podía transportar el correo, y que el suministro de ellas era para el Gobierno una "obligación primordial para la eficaz ejecución" del contrato.

Las otras peticiones se fundan en los hechos 4º, 5º y 6º, formulados así:

"4º—El Gobierno, en su calidad de representante del Estado colombiano y por conducto del Ministerio de Correos y Telégrafos, al dictar las resoluciones números 203, 414 y 508 mencionadas en la parte petitoria de esta demanda, le infrigió perjuicios directos al contratista Ortiz C. despojándolo, manu militari, de la suma global de tres mil seiscientos setenta y cinco pesos ($ 3.675.00), moneda corriente, por concepto de multas por violación del contrato, siendo la realidad que quien no lo cumplió fue el Gobierno, como tendré ocasión de demostrarlo durante el término correspondiente de este juicio.

"5º—Por obra de la declaración de caducidad administrativamente hecha por el Gobierno mediante la resolución número 508, dictada el 10 de marzo de 1934, el contratista Ortiz C. dejó de percibir las utilidades que el contrato en vigor le proporcionaba, en una cuantía de mil pesos mensuales y durante el período de diez y siete (17) meses contados desde el primero de abril de 1934 hasta el primero de septiembre de 1935.

"6º—Las mencionadas resoluciones son lesivas de los derechos del contratista Ortiz C. porque se fundaron en hechos que estaban exonerados de responsabilidad por culpa contractual, ya que procedían de fuerza mayor o caso fortuito, situaciones jurídicas éstas que constituyen, como es de justicia y de reconocimiento universal, motivo de exone-

ración, tal como está estipulado en el contrato".

El señor Procurador contestó a estos hechos:

"Al 4º—No es cierto, pues los perjuicios que pudiere haber sufrido el señor Ortiz C. a consecuencia de las resoluciones mencionadas no puede decirse que se los infrigiera el Gobierno, sino que el mismo contratista se los causó por no haber cumplido con sus obligaciones y haber motivado las resoluciones en cuestión.

"Tampoco es cierto que hubiera sido el Gobierno quien no cumplió con sus obligaciones, pues quien dejó de cumplirlas fue el demandante Ortiz C.

"Al 5º—No es cierto que por obra de la declaración de caducidad hecha por el Gobierno, el demandante hubiera dejado de percibir las utilidades que dice el hecho que contesto, pues si dejó de percibir utilidades fue por obra del incumplimiento del contrato por parte del mismo demandante, incumplimiento que fue causa de la declaración de caducidad.

"Al 6º—No es cierto, pues no admito que las resoluciones a que se refiere el demandante sean lesivas de los derechos del mismo demandante, pues éste se sujetó a la declaración de caducidad del contrato si no cumplía con sus obligaciones, y como no cumplió, el Gobierno tenía facultades para declararlo caducado sin que por ello se le puedan imputar perjuicios que sufriera el contratista, porque al proceder así el Gobierno usó de sus derechos, y quien usa de sus derechos a nadie perjudica.

"Tampoco admito que las faltas de cumplimiento del señor Ortiz C. se fundaran en hechos que estuvieran exonerados de responsabilidad por culpa contractual".

Tercera petición

Para mejor claridad conviene analizar en este paso del fallo lo referente a la tercera petición, que está concebida así:

"Tercera.—Que carece asímismo de eficacia jurídica y por consiguiente no produce ningún efecto contra el señor Ortiz C. la resolución número 508 de 10 de marzo de 1934, dictada por el ministerio de Correos y Telégrafos, en virtud de la cual declaró administrativamente caducado el contrato sobre conducción de los correos nacionales de las líneas de Oriente, celebrado con el señor Jorge R. Ortiz C. el 4 de agosto de 1933 y la impone al contratista Ortiz C. una multa de dos mil ochocientos pesos ($ 2,800.00) disponiendo que el Departamento de Contabilidad del Ministerio se abstuviera de librar a favor del señor Ortiz C. la orden de pago correspondiente al valor de los servicios prestados en el mes de marzo dicho".

Se trata de un contrato administrativo legalmente celebrado, obligatorio, por tanto, para ambas partes, pues la fuerza jurídica y la eficacia de esta clase de contratos están sujetas en principio a las reglas generales de los contratos. Por consiguiente, el contrato administrativo es una ley para las partes (art. 1602 del C. C.), y obliga a todo lo estipulado y a todas sus consecuencias lícitas (arts. 1602 y 1621, ibídem).

Es evidente que el contrato administrativo, como todo contrato, envuelve una norma convencional, por lo que, en este carácter, debe mantenerse rígido e inflexible, con excepción de las interpretaciones que, con cierta amplitud, le den las partes. Si no fuera así, se presentaría un desequilibrio que alteraría la equidad que debe existir entre éstas, y se rompería la norma convencional por el arbitrio de una sola de ellas; de modo que la ley del contrato dejaría de serlo, y su estabilidad, que es norma indiscutible de él, se haría transitoria por el querer de uno de los contratantes; también la garantía, que es regla rígida de la convención, desaparecería. Por tanto, no por ser el Estado parte contratante dejan sus pactos de crear derechos perfectos para la otra parte y de crear obligaciones recíprocas que deben regirse por los principios generales de la contratación.

Mas, sin embargo, la Administración tiene facultades discrecionales, que emanan naturalmente de la inspección y acción tutelar que ejerce para el mejor gobierno y defensa de los intereses que le están confiados, sin que puedan considerarse contrarias al principio de igualdad en el cumplimiento de las obligaciones contraídas. Merced a esas facultades, la administración puede declarar caducados los contratos administrativos por su propia conveniencia; y ellas, como condiciones conocidas por el contratista o concesionario al tiempo de celebrar el contrato, y aceptadas por él, crean un derecho a favor de la Administración, por lo que al ejercitarlo no infringe ésta lo estipulado.

Es claro que la facultad de declarar caducados los contratos —lo que emana siempre de una conveniencia pública como consecuencia lógica de la supremacía del interés público sobre el particular—, está sujeta a normas, porque las causales de caducidad deben ser únicamente las fijadas en el contrato, sin que puedan aplicarse otras por

analogía, no siendo atendibles sino las que estén determinadas en la ley y las que se hayan pactado en el contrato, y que por la naturaleza de éste y por la conveniencia de asegurar la correcta prestación del servicio público se consideren como esenciales, porque estén vinculadas al interés general, y cuya violación debe ser considerada como un motivo de caducidad, a menos de comprobarse por el contratista fuerza mayor o caso fortuito que hubiera operado como fenómeno inevitable.

Previas estas consideraciones, conviene ver si el contratista dejó de cumplir sus obligaciones por caso fortuito.

Quedó visto que el transporte de los correos de Villavicencio a Arauca y Orocué a Puerto Carreño debía hacerse en lanchas movidas por vapor; que esta exigencia del Gobierno se consideró como una condición esencial, y que el servicio debía prestarse semanalmente.

Sobre esta cuestión consta lo siguiente, entre otras pruebas:

El Administrador de Aduana y Hacienda Nacional de Puerto Carreño informó al Ministro de Correos el día 12 de octubre de 1933, lo siguiente: "Durante el mes de septiembre pasado llegaron a este puerto dos correos, en los días 22 y 30. Ambos llegaron en lancha movida por motor de gasolina. La lancha que trajo el segundo correo, es decir, la que llegó el 30, no traía combustible para el regreso, y desde entonces se halla varada aquí. Por cierto que los paquetes y valores que de aquí fueron entregados al conductor desde el día 3 del presente, se hallan depositados en la Caja de la Aduana a mi cargo, por exigencia que el Conductor me hizo de tenerlos guardados hasta el día de su salida. Anoche a las 6 llegó el primer correo que se recibe en el presente mes, pero no vino en lancha movida por fuerza mecánica. Lo trajo un bongo movido por fuerza humana, en el cual llegaron, además, unas cajas de gasolina para la lancha que se halla anclada por falta de combustible. El conductor me dice que mañana, en las primeras horas del día, saldrá de aquí llevando los paquetes y valores que se le entregaron el día 3 y los que se le entregarán esta tarde por el empleado respectivo".

El Administrador de Correos de Villavicencio informó así el 8 de noviembre de 1933: "Atentamente, y para su conocimiento, me permito comunicar a usted, que en la actualidad los correos procedentes de Orocué, Arauca, etc., están llegando a ésta los días martes, muchas veces los miércoles o jueves, los cuales debían de llegar los días sábados, según orden expresa dictada por ese Departamento. Según lo anotado, éstos llegan con dos o tres días de atraso, sobre lo cual el conductor respectivo informa que es ocasionada esta demora por la lancha, la que por falta de combustible se ve obligada a llegar tarde. Hay más, el que el correo que de ésta se despacha para dichos lugares el día martes de cada semana, con preferencia al de encomiendas, ha venido recibiéndose dicho día pero no salen del pueblo hasta el jueves o viernes debido a que la lancha llega demasiado tarde y en ese caso prefieren demorarse en ésta por tener mayores comodidades que irse al pie de la playa a esperar dos o tres días mientras asoma la lancha. En vista de tales demoras, el señor Jefe de la Policía Nacional, encargado éste de facilitar las escoltas que los han de custodiar, ha resuelto que el correo no salga de la Oficina de Correos hasta el día en que sea para llevarlo a los lomos de las mulas, a fin de evitarles responsabilidades a los Agentes Conductores. Según esta nueva orden dada por el señor Jefe de la Policía, ha venido a alterarse el itinerario y por lo cual he dirigido el presente oficio a usted, para que a la mayor brevedad que le sea posible se digne informarme su aceptación o inaceptación sobre esta reforma".

El 2 de diciembre de 1933 el Administrador de Correos de La Pradera informó: "Aviso a su señoría correo vía Vaupés hasta fecha no llega, siendo el 24 del pasado el día de la llegada". El mismo día dijo: "Correo despachado en Calamar del Vaupés en 20 de agosto recibióse ésta en 13 septiembre. Unico correo despachado ésta 11 de octubre". Y el 6 del mismo mes informó: "Correo Calamar Vaupés llegó a ésta día 4: encomiendas para la Aduana llegaron en completo deterioro".

El Administrador de Correos de Arauca informó el 9 de diciembre de 1933: "Desde 28 noviembre hacia hoy sin llegar correo Villavicencio, teniendo que llegar semanalmente, comercio perjudicándose". Y el 11 del mismo mes: "Infórmole presente mes ningún correo háse recibido vía Villavicencio, debiendo llegar semanalmente días miércoles, acuerdo pliego cargos". El Inspector de la Zona 3ª del mismo lugar el propio día informó: "Correos Villavicencio, que según itinerario fijado debiera llegar aquí semanalmente, no viene desde 28 mes pasado, causando demora perjuicios incalculables región, Administración pública. Urgentísimo revisar contrato". Y el Comisa-

rio especial de dicho lugar, con fecha 11 del mismo diciembre, dijo: "Honor informar servicio correos malísimo. Llega demoradísimo, ocasiones 2 en 1. Convendría ordenara revisión pasaportes, convencimiento cumplimiento itinerarios. Lanchas suspendieron servicio hácese bongos".

Además de muchas otras quejas a este respecto, existe un memorial del contratista señor Ortiz C. dirigido al Ministro de Correos el 4 de diciembre de 1933, en el que, después de hacer una relación de las razones por las cuales el contrato lo llevaba a la ruina, expresa: "De todo lo anterior se saca en conclusión: que el cumplimiento del contrato en todo lo que respecta a la navegación en lanchas a motor en el río Meta, mientras no haya una carretera hasta el Puerto, que permita el aprovisionamiento de combustible, es imposible por lo inseguro y lo excesivamente costoso. Esto se deduce de la experiencia hasta ahora realizada y creo sinceramente que cualquiera esfuerzo que el Gobierno trate de hacer en este sentido, resultará siempre fracasado si no se atiende esa circunstancia. Por lo tanto, debo manifestar la imposibilidad en que estoy de hacerlo en tal forma".

No podía el contratista cumplir el contrato con el lleno de los requisitos que se consideraron esenciales al servicio, como eran los de hacer los transportes de correos en lanchas movidas por vapor, ni la de que debería hacerse semanalmente, lo que imponía una regularidad en el servicio, que también debe estimarse como condición esencial, pues el pago de la mensualidad se le hacía en atención a que el servicio se prestara en esa forma.

Pero, de conformidad con el hecho 6º de la demanda, se alega por el contratista que la resolución de caducidad se fundó en hechos que estaban exonerados de responsabilidad porque procedían de fuerza mayor o caso fortuito.

Adujo para comprobar este aserto, las siguientes pruebas:

a) Declaraciones rendidas por Severo y Horacio Prieto y Edilberto Díaz, quienes, según sus propios dichos y los de César Vanegas y Escolástico Moreno, ejercen el oficio de fleteros en esa región de Oriente. Manifiestan ser cierto que los correos despachados de Villavicencio a Arauca en los últimos días de noviembre de 1933 y en los primeros días de diciembre del mismo año, sufrieron una demora en el punto denominado "Guichiral", fundación situada en la boca de montaña del río Humea, por consecuencia de la inundación que invadió tal región en esa época, por motivo de las constantes lluvias y el consiguiente desbordamiento del dicho río Humea y sus adyacentes. Que es cierto, por haberlo presenciado personalmente al viajar en aquella época por la referida región, que además de lo expuesto y como consecuencia de tal inundación, se cayeron algunos puentes, imposibilitando en esa forma el que las recuas de mulas que conducían los correos pudieran proseguir su viaje normalmente, ocasionando la correspondiente demora. Que en Puerto Agrado se encontraron en las fechas de obligación las embarcaciones para el transporte de los correos que en tal Puerto debían haberse recibido oportunamente si no hubiera sido por la demora ya mencionada. Que el transporte a lomo de mula por la vía de Villavicencio a Puerto Agrado se dificultaba mucho por las malas condiciones del camino, lo que hacía que la inevitable filtración de la gasolina perjudicase el pelambre de los animales y que los fleteros se negasen a transportar este artículo. Que en los meses de febrero y marzo de 1934 el caudal de aguas del río Humea se encontraba muy pequeño por razón del fuerte verano y por lo mismo se dificultaba la navegación en dichos meses con cargamento de peso considerable.

b).—El 12 de marzo de 1934, el Administrador de Correos de Villavicencia informó sobre la sequedad del río Meta, "hasta llegar a imposibilitarse el lanzamiento de embarcaciones que conduzcan más del peso normal, pues éstas se verán en dificultades en diferentes puntos, ocasionando pérdidas de tiempo que no dejan de ser perjudiciales para los interesados remitentes. Y en vista de ese motivo....., al despacharse todo el cargamento de encomiendas acumuladas en la oficina a mi cargo, se demoraría, máxime si se considera la no existencia de más de dos embarcaciones de las actualmente en uso para que dicho cargamento fuera repartido en dos o más aparatos y así poder lograr que el correo anunciado, en su totalidad llegara el mismo día a su destino".

c).—Datos pluviométricos de la Sección de Meteorología del Ministerio de Agricultura y Comercio, que demuestran que en las regiones de Villavicencia y Acacías los meses de noviembre y diciembre de 1933 fueron de muchas lluvias, mientras que en los primeros meses del año de 1934 llovió muy poco.

La fuerza o el caso fortuito tienen igual sentido en nuestro Derecho; el Código Civil las usa indistintamente. La fuerza mayor es una noción esencialmente contractual, y se define como el hecho extraño a la voluntad

del obligado y que él no ha podido prever ni impedir, pero que le coloca en la imposibilidad de cumplir sus obligaciones. La constituyen, pues, tres elementos esenciales: imprevisión, porque si una de las partes la hubiera previsto habría responsabilidad, y no fuerza mayor; inevitabilidad del hecho; imposibilidad de cumplir la obligación.

En los contratos administrativos de la clase del contemplado ahora tienen carácter de fuerza mayor los siguientes hechos: a).—Las inundaciones y crecidas de los ríos, siempre que sean mayores que las que por tradición o de otro modo, comprobado fehacientemente, conste que han ocurrido en épocas más o menos remotas; b).—Las sequías de los ríos, comprobadas evidentemente, que no sean de las que comúnmente han ocurrido, y que hagan imposible un transporte de correos en cualquiera clase de embarcaciones; c).—En general, todos aquellos accidentes extraordinarios cuyos efectos sean evidentemente irresistibles.

"No debe confundirse — dice Georgi — la imposibilidad o impotencia con la dificultad. Impotencia es el obstáculo invencible. Dificultad, el obstáculo que, sin ser insuperable, acrecienta, tal vez de modo enorme, el gravamen del deudor; y es máxima reconocida de doctrina y jurisprudencia que la dificultad no debe considerarse como caso fortuito."

En efecto, la fuerza mayor o el caso fortuito supone un acontecimiento que impide el cumplimiento de la obligación. De manera que no pueden considerarse como tál, las dificultades y aumentos de costo del transporte de correos, aunque materialmente éstas lo hicieran más difícil y gravoso, y como consecuencia de ellas el contratista se llegara a ver privado de toda ganancia o aun expuesto a pérdidas de importancia. Esto, porque la fuerza mayor o caso fortuito debe hacerse depender, no tanto de la magnitud o entidad del suceso, como de su naturaleza, que consiste en que tal figura jurídica se fundamente en hechos extraordinarios que no están al alcance de la previsión humana. Entenderla de otra manera sería hacerla versar sobre la existencia de un accidente y no sobre la cuantía o entidad.

Sentado esto, aunque de las pruebas del actor resulta que sí hubo en unos meses en la región que atraviesa el río Meta — que es la vía por la que debía verificarse el transporte de los correos — fuertes lluvias que aumentaron el caudal de las aguas, y otros meses en que no llovió, disminuyendo considerablemente el caudal ordinario, no puede decirse que hubo caso fortuito porque no aparece demostrado que la crecida del río fuese mayor que las ocurridas en épocas anteriores, conocidas por la tradición; tampoco el caso contrario de la sequía aparece comprobado con esas bases. Sabido es que en la región llanera hay tiempo de constantes lluvias, y tiempo de faltar ellas en extremo. El contratista debía conocer tál circunstancia, que era la parte aleatoria del contrato; y por eso, al él acudir a la licitación debió poner el cuidado suficiente y cerciorarse de sí, dadas las condiciones en que se obligaba a hacer el transporte de los correos, las dificultades podrían ser en ciertos momentos de tal naturaleza que le irían a acrecentar los precios del transporte en diversos lugares de las diez y seis líneas contratadas, y que las partidas de gastos imprevistos no le eran suficientes para afrontar aquella eventualidad.

También debe tenerse en consideración que en los contratos administrativos la oportunidad de la alegación del caso fortuito o fuerza mayor debe hacerse, bien para prevenir la resolución administrativa, bien en el expediente levantado ante la autoridad administrativa para que ésta declare el caso fortuito o fuerza mayor, si se le ha comprobado el hecho pertinente, y deduzca de tal declaración las consecuencias correspondientes, tales como una indemnización cuando el importe del daño causado sea superior a la parte de gastos imprevistos, la interrupción de la caducidad o una prórroga proporcional para construir las obras, si de ello se trata. Puede también discutirse en el juicio en que la acción de resolución del contrato se debata.

Pero, aunque la alegación del caso fortuito fuere pertinente ahora, él no se ha demostrado. En efecto, aunque el contratista puso en servicio, algunas lanchas movidas por vapor, con las cuales hizo uno o dos viajes, aparece de autos que no puso el número suficiente, y que aun las que existían dejaron de prestar el servicio por el costo de la gasolina, según su propia declaración. (Memorial de 4 de diciembre de 1933. C. 4º Fs. 11 a 13). Y queda visto que el requisito del transporte en esa forma fue considerado como una condición esencial del contrato, que, faltando, daba lugar a la declaración de caducidad.

Y aun aceptando, en gracia de discusión, que este requisito no fuera esencial — que sí lo es—, los hechos alegados como caso fortuito no excusarían la constante violación del contrato, verificada por el no cumplimiento de la obligación de transportar el correo semanalmente. Esos hechos habrían podido dar lugar a algunas demoras en la

conducción, pero no a la continua renuencia, sucedida a pesar de los avsios que al contratista dio el Ministerio.

SEGUNDA PETICION

Se solicita en ésta lo siguiente:

"Segunda.—Que carecen de eficacia jurídica y por consiguiente no porducen efecto alguno contra el señor Ortiz C. las Resoluciones números 203 y 414, respectivamente, de fechas 31 de enero y 16 de febrero de 1934, dictadas por el señor Ministro de Correos y Telégrafos, y por virtud de las cuales, en su orden y por concepto de multas, se dispuso el cercenamiento de las sumas $ 275 y $ 600.00, moneda corriente, del valor de las cuentas que se debían pagar al señor Ortiz C. por los servicios prestados en virtud del contrato".

El Gobierno, para dictar estas Resoluciones, tuvo en cuenta las faltas de cumplimiento del contrato por parte del contratista, a quien se le notificaron, habiéndolas aceptado sin reclamo en tiempo oportuno para hacer valer los motivos que tuvo para el incumplimiento.

Pero como se solicita que se declare que esas resoluciones no producen efecto jurídico, por haberlas proferido el Gobierno cuando éste estaba en mora en el cumplimiento del contrato, por lo analizado arriba, queda establecido que es indudable que él no estaba en mora cuando profirió la resolución número 414.

En cuanto a la resolución número 203, aunque ella fue proferida por irregularidades de las cuales algunas de ellas ocurrieron antes de la interpretación práctica dada a la cláusula sobre escoltas, tal interpretación debe entenderse que era la intención de las partes desde el principio del contrato.

CUARTA PETICION

Se formuló así:

"Cuarta.—Como consecuencia de esta declaración, el Estado colombiano debe reintegrar al patrimonio del señor Jorge R. Ortiz C. las expresadas sumas de doscientos setenta y cinco pesos ($ 275.00), seiscientos pesos ($ 600.00) y dos mil ochocientos pesos ($ 2,800.00) que pagó sin causa legal y por virtud de las Resoluciones mencionadas; reintegro que deberá hacerse tan pronto como esta sentencia quede ejecutoriada; incluyendo en él los intereses legales correspondientes ,en el caso de mora de su efectividad inmediata".

Se considera: Sobre las dos primeras resoluciones basta lo dicho en el punto anterior: ellas fueron dictadas en atención a que el contratista no cumplió el contrato, y el Gobierno estaba facultado en éste para imponer multas en el caso de contravención del contratista a sus compromisos.

Respecto de la otra Resolución (la número 508 de 10 de marzo de 1934, confirmada por la número 953 de 23 de mayo del mismo año) se tiene que, de conformidad con la letra ñ) del contrato, el contratista se obligó a pagar al Gobierno por vía de multa una suma igual al valor de una mensualidad del servicio en el caso de que por su culpa se declarara administrativamente caducado el contrato antes del término señalado para su vencimiento. Y eso fue lo que declaró la Resolución número 507, en la que se ordenó retener a Ortiz C. la suma de $ 2,800.00, valor de la mensualidad correspondiente al mes de marzo en que ella fue dictada, retención que se verificó, según el siguiente certificado:

"..... el Departamento de Correos certifica que por este Ministerio se pagaron al señor Jorge R. Ortiz dos mil ochocientos pesos ($ 2,800.00), correspondientes al mes de febrero. Este pago sólo se hizo en el mes de mayo, cuando el señor Ortiz acabó de transportar las encomiendas que se hallaban acumuladas en Villavicencia y a las cuales se refiere el oficio número 3059 de 28 de abril de 1934. En esas cuentas no se hizo deducción alguna por viajes que el señor Ortiz dejó de prestar, en vista de que el mismo Ortiz transportó en un solo viaje las mencionadas encomiendas que debió transportar en varios viajes. Los pesos dos mil ochocientos ($ 2,800.00), correspondientes al mes de marzo, no se pagaron porque correspondían a la multa de que trata la Resolución número 508 de 1934".

Queda visto que el Gobierno, en caso de declarar la caducidad, tenía derecho a imponer una multa igual al valor de una mensualidad; además, se vio también, que la caducidad se declaró a partir del 31 del mes de marzo, de modo que hasta esa fecha quedaba Ortiz ligado al contrato, y la multa emana del contrato mismo. Pero nótese que no se trata de una acción directa contra la resolución de caducidad, porque ésta, por el transcurso del tiempo, en los términos del artículo 3º de la Ley 58 de 1909, hizo eficaz la presunción de que la Nación quedaba libre de responsabilidad. Y por no haberse promovido acción directa contra la resolución de caducidad, no vale argüir, como lo hace el actor en su alegato de conclusión, que el Ministerio apreció mal las pruebas en

que fundó esa resolución y las que adujo el contratista para pedir su revocatoria. Es verdad que es indispensable un procedimiento para la tramitación de la decalaratoria de caducidad administrativa, porque el funcionario público competente, al saber de una infracción de las que por el contrato se consideren como causales esenciales de caducidad, debe recoger todas las pruebas que sirvan para fundamentar la resolución de caducidad, y hacer un estudio jurídico de ellas; después debe poner en conocimiento del contratista el expediente levantado para que formule sus descargos aduciendo las pruebas correspondientes. Previas estas pruebas, si con ellas no se han desvanecido los cargos, dictará la resolución de caducidad señalando las consecuencias que debe entrañar la declaratoria. El examen de las pruebas debe verificarlo el funcionario con un criterio rigurosamente jurídico, sometido a sereno estudio, atendiendo a los dictados de sana crítica y de clara razón lógica.

Puede suceder que por el Ministerio no se haya hecho un estudio jurídico y racional de las pruebas que sirvieron de base a la declaración de caducidad, ni de las que adujo el contratista para impetrar su revocatoria; pero como la resolución respectiva no es objeto de la demanda, carece de fundamento un estudio de las bases de dicha resolución.

El demandante no hizo en la oportunidad debida uso de las acciones respectivas encaminadas a revisar ante la justicia las resoluciones administrativas, acciones que ya habían caducado por el transcurso de más de seis meses, contados desde la fecha de las resoluciones hasta el día de la demanda ,en los términos del dicho artículo 3º de la Ley 53 de 1909. Pero como en la demanda que se estudia, el actor no se dirige a obtener la revisión de esas resoluciones, sino que ha promovido una acción originada en el contrato y con la cual se busca la declaratoria de que ellas, por carecer de base jurídica, no producen efectos en orden a las multas impuestas, cuya devolución se pide con fundamento en el incumplimiento del contrato por parte del Gobierno, conforme se relaciona en la demanda, hay que considerar que semejante petición no está sometida a al riguroso término de seis meses de que se ha hablado, y de que trata el señor Procurador, porque, en el evento actual, la acción no se origina en la providencia administrativa sino que se la deriva de una supuesta infracción contractual, cuyas consecuencias, si ello se hubiera demostrado, habrían dejado sin fundamento jurídico las resolución impositivas de las multas. Si la acción se hubiera enderezado a revisar las providencias administrativas, entonces sí habría sido el caso de darle aplicación al artículo 3º de la Ley 53 de 1909.

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:

Primero. Es improcedente la excepción perentoria de prescripción propuesta por el señor Procurador General de la Nación en este juicio.

Segundo. No há lugar a hacer las declaraciones solicitadas en la demanda, y, en consecuencia, se absuelve a la Nación de todos los cargos formulados en ella.

Tercero. Sin costas.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la GACETA JUDICIAL, y en su oportunidad archívese el expediente.

Pedro A. Gómez Naranjo, Aníbal Cardoso Gaitán, Liborio Escallón, Ricardo Hiniestrosa Daza, Eleuterio Serna R. Gustavo Gómez Hernández, Srio.

TOMO XLIV DE LA "GACETA JUDICIAL"

Con el presente número doble termina el Tomo XLIV de la GACETA JUDICIAL. El número 1922 estará destinado a INDICE Y JURISPRUDENCIA de este tomo. Y con el número 1923 empezará el tomo XLV.

INDICE

Pág.

EDITORIAL.—La simulación y algunos conceptos análogos en el derecho anglo-sajón, por Bayard Rives 595

COLABORACION JURIDICA. — Sociedades. Miguel Moreno Jaramillo 607

CORTE PLENA

LEYES Y DECRETOS SOBRE DEUDAS ACUSADOS COMO INCONSTITUCIONALES.—Se declaran exequibles las leyes 37 de 1932 y 11 de 1933 y los artículos 1º y 7º del decreto 280 de 1932, 1º del decreto 420 de 1932; 1º, 2º y 7º de la ley 66 de 1933.—Magistrado ponente, doctor Juan Francisco Mújica 613

SALVAMENTO DE VOTO de los Magistrados Liborio Escallón y Miguel Moreno Jaramillo y de los Conjueces Alberto Suárez Murillo, Pedro M. Carreño y Ernesto Valderrama Ordóñez 623

LEY ACUSADA NUMERO 62 DE 1935, sobre sociedades masónicas.—Se declara exequible.—Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza 624

SALVAMENTO DE VOTO del Magistrado doctor Rodrigo Jiménez Mejía 627

SALVAMENTO DE VOTO del Magistrado doctor José Antonio Montalvo 629

SALVAMENTO DE VOTO del Magistrado doctor Miguel Moreno Jaramillo 633

SALVAMENTO DE VOTO del Magistrado doctor Eleuterio Serna R. 635

SALVAMENTO DE VOTO del Magistrado doctor Liborio Escallón 638

SALA DE CASACION EN LO CIVIL

ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS.—Sentencia de instancia dictada en el ordinario seguido por Bjarne Hofseth contra la Compañía de Cementos Portland Diamante. Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza 640

CONFESION.—CONFESION COMPUESTA Y CONFESION COMPLEJA INDIVISIBLE.—DERECHOS CONEXOS.—INDIVISIBILIDAD DE LA CONFESION COMPLEJA.—Se casa parcialmente la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá en el juicio de Mercedes Fernández contra David J. Pontón y Amparo Anexy de Pontón. Magistrado ponente, doctor Eduardo Zuleta Angel 649

RECURSO DE REVISION.—Se declara infundado el interpuesto por Isaac Martínez contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín en el ordinario seguido por el recurrente contra Juan Ramón Medina. Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón 652

DEMANDA DE NULIDAD DE UNOS TESTAMENTOS CERRADOS.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de San Gil en el ordinario de la señora Ana María Gómez v. de Silva y socios sobre nulidad del testamento del señor Manuel Gómez Santos.—Magistrado ponente, doctor Antonio Rocha 654

DEMANDA DE NULIDAD POR SIMULACION, DE RESTITUCION DE BIENES, PAGO DE FRUTOS, etc.—No se infirma la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué en el ordinario de Carlota Villoria y socios contra Flaminio Camacho.—Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza 656

TEORIA GENERAL DE LOS CONTRATOS DE ADHESION.—LOS CONTRATOS DE SEGUROS SON CONTRATOS DE ADHESION.—INTERPRETACION DE ELLOS. No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario de Matilde Gómez de Rocha contra Harford Fire Insurance Company.—Magistrado ponente, doctor Eduardo Zuleta Angel 674

MEDIOS NUEVOS EN CASACION. DOCTRINA FRANCESA SOBRE EL PARTICULAR.—CONTRATO ENTRE CONYUGES: ESTIPULACIONES CONTRARIAS A LA POTESTAD MARITAL Y AL REGIMEN DE COMUNIDAD.—PRINCIPIO DE LA LIBRE ENAJENACION DE LOS BIENES.—EXCEPCIONES.—CLAUSULA DE LA NO ENAJENACION.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Tunja en el ordinario de Mercedes Díaz contra Misael Díaz Quiroga. Magistrado ponente, doctor Eduardo Zuleta Angel 684

ORDINARIO SOBRE REVISION DE UNA SENTENCIA DE EXCEPCIONES Y SOBRE DECLARACION DE HABERSE VERIFICADO EL PAGO DE UNA SUMA DE DINERO.—ADJUDICACION DE CREDITOS ACTIVOS EN UNA SUCESION A FAVOR DEL ALBACEA CON TENENCIA DE BIENES.—Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Popayán en el ordinario de Fabio Grueso contra Manuel José Maya.—Magistrado ponente, doctor Antonio Rocha 690

ACCION REIVINDICATORIA Y POSESION. No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Cali en el ordinario de Leopoldo Becerra contra Lotario González Tenorio. Magistrado ponente, Dr. Miguel Moreno Jaramillo 695

COPIAS DE COPIAS.—POSESION. ACCESION.—REIVINDICACION Y RECOBRO.—Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Buga en el ordinario seguido por la Venerable Orden Tercera de San Francisco contra María Josefa Saavedra de Jaramillo.—Magistrado ponente, doctor Miguel Moreno Jaramillo 703

RECURSO DE SUPLICA RESUELTO EN EL JUICIO DE REVISION CIVIL INTENTADO POR LA SEÑORA PETRONILA MEJIA DE ACOSTA.—Se niega la súplica solicitada en el juicio ordinario sobre nulidad del testamento de Félix A. Garcés.—Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza 717

SE DECLARA DESIERTO EL RECURSO DE CASACION interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del Tribunal Superior de Cartagena en el ordinario de Moisés Spath y otro contra Mauricio Visval.—Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza 718

RESOLUCION DE UN CONTRATO DE COMPRAVENTA.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario de Antonio Feo contra Jesús María Gutiérrez.—Magistrado ponente, doctor Juan Francisco Mújica 719

Pág.

ACCION SOBRE PAGO DE UNA SUMA DE PESOS.—PROMESA DE CONTRATO. CONDICIONES SUSPENSIVA Y RESOLUTORIA.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Pereira en el ordinario de Eusebio Cardona contra Angel María Giraldo. Magistrado ponente, doctor Juan Francisco Mújica 721

INSPECCION OCULAR Y CONFESION JUDICIAL.—Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario de Lucrecia Alvarez de Lago contra Rosendo Leguizamo.—Magistrado ponente, doctor Miguel Moreno Jaramillo 727

VIGENCIA Y OBSERVANCIA DE LAS LEYES.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Tunja en el ordinario de Aristóbulo Ruiz Montaña contra Ramón Castro.—Magistrado ponente, doctor Miguel Moreno Jaramillo 731

ACCION DE DOMINIO Y CONTRADEMANDA.—POSESION ANTERIOR AL TITULO DEL REIVINDICADOR. No se infirma la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué en el ordinario de Mauricio Bonilla contra David Olave.—Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta ... 736

SALA DE CASACION EN LO CRIMINAL

HOMICIDIO EJECUTADO EN ESTADO DE EMBRIAGUEZ VOLUNTARIA.—No se infirma la sentencia del Tribunal Superior de Manizales en la causa por homicidio contra Manuel García.—Magistrado ponente, doctor Salvador Iglesias 741

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

PENSION.—Se decreta la solicitada por el el doctor Aníbal Mera Caicedo por servicios prestados en el poder judicial.—Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán 747

EXCEPCION EN JUICIO EJECUTIVO.—Se declara probada la excepción de inexistencia de la obligación en el juicio de la Nación contra Guillermo Pereira Barker por impuesto sobre la renta.—Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán 748

MANERA DE VERIFICAR EL PROMEDIO DE DIVERSOS SUELDOS PARA EFECTOS DE LA CUANTIA DE PENSIONES RESPECTO DE MAESTROS DE ESCUELA.—Pensión de la señorita Ernestina Vélez.—Magistrado ponente, doctor Eleuterio Serna R. 749

INDEMNIZACION POR HABER SIDO RETIRADO UN MILITAR DEL SERVICIO. Se confirma en parte y se reforma parcialmente la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario de José J. Luengas contra la Nación, por perjuicios.—Magistrado ponente, doctor Eleuterio Serna R. 751

DEMANDA SOBRE PAGO DE PERJUICIOS POR PRETENDIDA VIOLACION DE UN CONTRATO.—Se absuelve al Departamento de Caldas de los cargos de la demanda que por perjuicios le formuló Ramón Elías Gutiérrez.—Magistrado ponente, doctor Pedro A. Gómez Naranjo 754

PENSION.—Se decreta la solicitada por la señora Paulina Ordóñez viuda de García Herreros por los servicios prestados por el doctor Aníbal García Herreros en el poder judicial.—Magistrado ponente, doctor Pedro A. Gómez Naranjo 756

EXCEPCIONES EN JUICIO EJECUTIVO. FIANZA DE LOS EMPLEADOS DE MANEJO.—Se declara probada la excepción de la inexistencia de la obligación en el ejecutivo de la Nación contra el señor Jorge E. Vargas.—Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán 759

EXCEPCIONES EN JUICIO EJECUTIVO. Se declaran no probadas las propuestas por el ejecutado señor Aníbal Barbosa en el ejecutivo que le adelanta el Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales.—Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán 761

ADMISION DE UN RECURSO DE HECHO. Se admite el recurso de hecho y se concede la apelación respectiva interpuesto por el doctor Gerardo Arias Mejía contra la sentencia del Tribunal Superior de Manizales en el juicio sumario para obtener la cancelación de la inscripción de abogado del doctor Elías Gómez Robledo.—Magistrado ponente, doctor Pedro A. Gómez Naranjo 763

EXCEPCION DE INEPTA DEMANDA EN JUICIO ESPECIAL.—Se confirma el auto del Tribunal Superior de Cartagena en el juicio especial de Julio C. Rodríguez Ll. contra la Nación.—Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán 765

CONSULTA DE UNA SENTENCIA.—La Corte se abstiene de conocer de la consulta de la sentencia del Tribunal Superior de Buga en el juicio referente al deslinde de los terrenos de Calima.—Magistrado ponente, doctor Pedro A. Gómez Naranjo .. 766

EXCEPCION DE NULIDAD DEL TITULO EJECUTIVO.—Se declara probada la propuesta por el ejecutado Manuel S. Caicedo C. en el juicio que le adelanta la Nación como responsable de las cuentas de la Administración de Aduana de Buenaventura.—Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán 768

EXCEPCIONES.—Se declara probada la de inexistencia de las obligaciones que motivaron el juicio ejecutivo adelantado por el Juzgado 1º Nacional de Ejecuciones Fiscales contra el señor Luis Bastidas Bastidas, como responsable de las cuentas de la Contaduría del Batallón "Boyacá No 12".—Magistrado ponente, doctor Pedro A. Gómez Naranjo 770

EXCEPCIONES. — PRESCRIPCION CONTRA LA NACION.—Se declara probada la de prescripción alegada por los ejecutados Alejandro y José Santos Lezaca en el juicio que les adelanta el Juzgado 2º Nacional de Ejecuciones Fiscales.—Magistrado ponente, doctor Pedro A. Gómez Naranjo .. 772

AVISO PARA EXPLOTAR PETROLEO.—Se declara fundada la pretensión de la Compañía de Petróleo de Lorica, S. A., representada por el señor Diego Martínez.—Magistrado ponente, doctor Eleuterio Serna R. 774

EXCEPCIONES. — PRESCRIPCION CON-

Pág.

TRA LA NACION.—Se declara probada la de prescripción de la acción ejecutiva alegada por el ejecutado doctor Manuel José Guillén en el juicio que le adelanta el Juez 2º Nacional de Ejecuciones Fiscales.—Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán 781

PENSION.—Se decreta la demandada por el señor Eugenio Gómez P. por servicios públicos. Magistrado ponente, doctor Pedro A. Gómez Naranjo 782

PENSION.—Se decreta la solicitada por el General Pedro Sanz Rivera por servicios públicos.—Magistrado ponente, doctor Pedro A. Gómez Naranjo 784

CONSULTA DE UNA SENTENCIA.—Se confirma la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Manizales por la cual se condena al Departamento de Caldas a pagar una suma por perjuicios a la señora Orbilia López.—Magistrado ponente, doctor Pedro A. Gómez Naranjo 786

ACUERDO Nº 7 788

Pág.

SALA CIVIL DE UNICA INSTANCIA

UN CONTRATO ADMINISTRATIVO.—LA CADUCIDAD DE UN TERMINO LEGAL NO PUEDE ALEGARSE COMO PRESCRIPCION.—Se absuelve a la Nación de los cargos formulados en la demanda instaurada por el señor Jorge R. Ortiz por la caducidad de un contrato de conducción de correos.—Magistrado ponente, doctor Eleuterio Serna R. 789

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

TOMO XLIV — BOGOTÁ, MARZO DE 1938 — NUMERO 1922.

JURISPRUDENCIA RAZONADA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.
EXTRACTO DE LAS DOCTRINAS CONTENIDAS EN EL TOMO XLII,

POR

JULIAN MOTTA SALAS

RELATOR DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Págs.

A

ABSOLUCION DEL QUE MATA POR UN IMPULSO INCONTROLABLE

- 1 -

Véase la doctrina titulada: Homicidio ejecutado por un impulso incontrolable. Casación del 6 de agosto de 1936. XLIV, Nº 1916..... 217, y sig.

ABUSO DE CONFIANZA

- 2 -

Cierto Juez de Circuito había dispuesto de los dineros puestos en depósito en el Juzgado y aunque el Tribunal había apreciado el hecho como un abuso de confianza, profirió auto de sobreseimiento definitivo por estar prescrita la acción penal. En consulta ese auto, dijo la Corte:

"Para la Corte, se halla en lo cierto el Tribunal de Medellín al estimar el hecho delictuoso imputado al Juez de Jericó, doctor Mejía, a la faz del artículo 836 del Código Penal; porque la disposición del artículo 505 se refiere a la ingerencia de los funcionarios públicos en negociaciones indebidas, con las cuales se falta al decoro y pulcritud que les impone su calidad de agentes del Estado; y esto aun sin haber una sustracción o apropiación fraudulenta de dineros u otros bienes. La pena misma que se señala en el artículo 505 —pérdida del empleo o cargo y multa— está indicando la clase de faltas que allí se quiere sancionar. En cambio, cuando el funcionario público pasa de la especulación o maniobra indecorosa a la apropiación de los bienes que están bajo su cuidado por razón del cargo que desempeña, penetra en la órbita de los delitos contra la propiedad, y su falta tiene que sancionarse con las disposiciones previstas específicamente para delitos de esa naturaleza; lo cual es tan lógico, que de confrontar el caso ante el artículo 505, el funcionario público quedaría sancionado en condiciones excepcionalmente favorables en relación con los particulares, lo que sería absurdo." (Auto, Sala de Casación en lo Criminal, XLIV, Nº 1917, octubre 25 de 1936) 362, 1º

Págs.

Págs.

ABUSO DE CONFIANZA EN QUE INCURREN LOS JUECES QUE SE APROPIAN LOS BIENES PUESTOS BAJO SU CUIDADO

- 3 -

Desia el Procurador delegado en lo penal que debía anularse lo actuado por error en la denominación genérica del delito, pues se había abierto causa contra el Juez por el delito de abuso de confianza, siendo así que los hechos imputados debieron calificarse según las disposiciones sobre empleados públicos que efectúan negociaciones incompatibles con su destino, o sea, las del Libro II, Título 10º, Capítulo IV, del Código Penal, con aplicación en la sentencia del artículo 505.

"Con relación a la tesis de la Procuraduría, en fallo de 25 de los corrientes, dijo la Corte lo que sigue: 'Para la Corte, se halla en lo cierto el Tribunal de Medellín al estimar el hecho delictuoso imputado al Juez de Jericó doctor Mejía, a la faz del artículo 836 del Código Penal; porque la disposición del artículo 505 se refiere a la ingerencia de los funcionarios públicos en negociaciones indebidas, con las cuales se falta al decoro y pulcritud que les impone su calidad de agentes del Estado; y esto aun sin haber una sustracción o apropiación fraudulenta de dineros u otros bienes. La pena misma que se señala en el artículo 505 —pérdida del empleo o cargo y multa— está indicando la clase de faltas que allí se quiere sancionar. En cambio, cuando el funcionario público pasa de la especulación o maniobra indecorosa a la apropiación de los bienes que están bajo su cuidado por razón del cargo que desempeña, penetra en la órbita de los delitos contra la propiedad, y su falta tiene que sancionarse con las disposiciones previstas específicamente para delitos de esa naturaleza; lo cual es tan lógico, que de confrontar el caso ante el artículo 505, el funcionario público quedaría sancionado en condiciones excepcionalmente favorables en relación con los particulares, lo que sería absurdo.' Así las cosas, estima la Corte improcedente declarar la nulidad que plantea el señor Procurador..." (Sentencia, Sala de Casación en lo Criminal, XLIV, Nº 1916, octubre 27 de 1936)..... 233, 1º y 2º

ACCESION POR EDIFICACION EN SUELO AJENO

- 4 -

"El Código Civil prevé dos casos en punto de edificación sobre suelo ajeno: el de que el propietario no supiera que se edificaba en su heredad y el de que la obra fuese construída a ciencia y paciencia del propietario. En el primer caso, el dueño del terreno tendrá derecho a hacer suyo el edificio mediante ciertas indemnizaciones, o de obligar al que edificó a pagarle el justo precio del terreno con los intereses legales por todo el tiempo que lo haya tenido en su poder. En el segundo caso, no puede recobrar el terreno sino pagando el valor del edificio. Entonces no se averigua cómo ha sido la fe del constructor. Hecho el trabajo a sabiendas del dueño y sin protesta suya, entiéndese que lo aceptó. Si ha dejado hacer, no tiene la opción consagrada por el artícu-

Págs.

lo 739, en su inciso 1º. Dijo el rey sabio: 'El que se dexa engañar entendiéndolo se non puede querellar como ome engañado', principio que, si bien restringido en muchas aplicaciones, procede en este caso. No teniendo esa opción el propietario del suelo que se halla en las circunstancias previstas por el inciso 2º del citado artículo, se hace de pleno derecho dueño del edificio. Quiéralo o no lo quiera, el modo de la accesión opera por ministerio de la ley. Cuando el dueño de una cosa singular en que otro edificó dentro de las circunstancias previstas en el citado inciso 2º, ha perdido la posesión de esa cosa, tiene acción reivindicatoria para obtener que el poseedor le restituya el suelo y el edificio, pagándole el valor del último. Vencido el poseedor, restituye el terreno y lo allí edificado, después de que se le pague el valor del edificio. Esto cabe dentro del sistema de las prestaciones mutuas. Pero cuando el dueño de una cosa singular en que otro edificó dentro de las circunstancias previstas en el citado inciso 2º, no ha perdido la posesión de esa cosa, como es el caso de autos, su acción no es ya de dominio puesto que el edificador lo reconoce dueño del suelo y por lo mismo del edificio que a éste accedió. Su acción es simplemente de recobro, para que el ocupante, mero tenedor de la cosa o si quiere simple retenedor de la misma, sea obligado a restituírsela, en lo principal y en lo accesorio, después que se le pague el valor del edificio. La tenencia material y el derecho de retener no han conferido al edificador la posesión del terreno. En las dos situaciones contempladas, habiéndose edificado a ciencia y paciencia del poseedor, su tácito consentimiento le creó una obligación indiscutiblemente justa: sufragar el valor del edificio." (Casación, XLIV, Nos. 1920 y 1921, marzo 13 de 1937)..... 714, 2º y 715, 1º

ACCION

- 5 -

"En el derecho procesal no puede confundirse la acción con los requisitos necesarios para su ejercicio. La materia de aquélla se determina por la naturaleza del bien garantizado por la norma que se aplique, mientras que éstos se refieren a las determinadas condiciones de titularidad que son comunes a todas las acciones. Para ejercitar válidamente cualquiera acción, esto es, precisar, desde el punto de vista legal, los sujetos del litigio, se requieren tres condiciones: a) Capacidad para ser parte; b) Capacidad para comparecer en juicio, y c) Legitimación en causa. Estas tres condiciones no constituyen el contenido de ningún pleito, sino su viabilidad. Deben ser siempre examinadas de oficio por el sentenciador y cuando cualquiera de ellas falta, la decisión nunca versa sobre el fondo del derecho controvertido." (Auto, LXIV, Nº 1917, octubre 2 de 1936).... 343, 1º

ACCIONES

- 6 -

Varias personas habían suplicado en una demanda contra otras la declaración de nulidad de un contrato de compraventa, la de nulidad de una partición y otros extremos, y el sentenciador había declarado probada la excepción de petición de

Págs.

modo indebido, por lo cual los autores intentaron recurso de casación en el cual acusaron la sentencia por las causales 2ª y 7ª del artículo 520 del Código Judicial.

"...En la hipótesis de que haya sido acusada la sentencia como violatoria de ley sustantiva, a consecuencia de error de hecho en la apreciación de la demanda consistente en considerar que en el libelo se acumularon varias acciones ilegalmente, cuando en realidad la única ejercitada fue la acción de nulidad, con apoyo en tres causas diferentes, tampoco prosperaría este recurso. En la teoría del derecho procesal civil, las acciones son diversas, por las personas, por los objetos y por las causas de pedir. De manera que para que haya identidad de acciones se requiere que estos tres elementos sean comunes. Dejan aquéllas de ser idénticas si cualquiera de éstos es diferente. De acuerdo con las personas, basta el hecho, por lo general, de que sean objetiva o físicamente distintas para que las acciones que se instauran sean diferentes, a menos que esas personas se presenten con la misma calidad. Es lo que se denomina identidad subjetiva de las acciones." (Casación, XLIV, Nos. 1914 y 1915, julio 9 de 1936)..... 74, 1ª

ACCION CONSTITUTIVA

- 7 -

"Procede la acción constitutiva siempre que los presupuestos especiales de ella se reúnan, los cuales son tres, a saber: a) La existencia de una relación jurídica concreta; b) Que los hechos aducidos sean adecuados para producir la modificación del estado jurídico existente; y c) Que haya una necesidad de tutela jurídica, esto es, que la constitución jurídica que se pretende no pueda obtenerse sino por medio de una sentencia." (Casación, XLIV, números 1918 y 1919, agosto 29 de 1936) 429, 1ª

ACCION DE "IN REM VERSO"

- 8 -

"La acción de in rem verso no puede prosperar ni tiene cabida con el solo hecho de que haya enriquecimiento de un lado, sino que necesita que haya empobrecimiento del otro, y no basta la existencia de estos dos factores, sino que se requiere su conjunción; más todavía, aun mediando ambos y relacionándose entre sí, puede no producirse, ya porque haya habido ánimo de liberalidad que excluye el cobro ulterior, ya porque la ley confiera acciones distintas, que naturalmente excluyen esa, meramente subsidiaria, o autorice el enriquecimiento en referencia, como sucede, v. gr., con la prescripción, con la prohibición de repetir lo dado por causa ilícita, o en relaciones como la de que es ejemplo la del artículo 1994 del C. C. Al hablarse de ese enriquecimiento se agrega 'sin causa', lo que claramente indica cómo no pueden englobarse dentro de los casos de él aquellos en que sí es causado, como por ejemplo, los de prestaciones nacidas de contratos, a que ya se aludió." (Casación, XLIV, Nos. 1918 y 1919, septiembre 19 de 1936)... 435, 1ª

ACCION DE SIMULACION

- 9 -

La acción de simulación es esencialmente distinta de la de nulidad.

Págs.

(Casación, XLIV, Nos. 1918 y 1919, agosto 29 de 1936) (1)..... 429, 2ª

ACCION REAL SOBRE DECLARACION DE SERVIDUMBRE

- 10 -

"La Corte ha sostenido, como puede verse en su fallo de 24 de julio de 1920, inserto en el Nº 1450 de Gaceta Judicial, que siendo la servidumbre limitación de la propiedad de un predio en favor de otro predio de distinto dueño, la acción real que se promueva para obtener que sea declarado un gravamen de este linaje, habrá de dirigirse contra el dueño del predio cuyo gravamen se busca, pues tratándose de restringir el dominio la controversia ha de ventilarse entre propietarios." (Casación, XLIV, Nos. 1918 y 1919, noviembre 30 de 1936)..... 520, 1ª

ACCIONES REIVINDICATORIA Y DE PETICION DE HERENCIA

- 11 -

El Municipio de Tinjacá había demandado a varias personas para que se declarasen nulos unos contratos y para que ciertos bienes le fuesen restituídos, todo ello con la advertencia de que las declaraciones pedidas se hiciesen "previos los trámites de un juicio ordinario de petición de herencia." El Tribunal sentenciador declaró probada la excepción de petición de un modo indebido, que apoyó en varias consideraciones. El Municipio recurrente en casación alegaba, entre otros motivos, el de violación directa de los artículos del Código Civil referentes a la reivindicación, por el error cometido por el Tribunal al calificar de petición de herencia lo que en realidad de verdad había sido una acción reivindicatoria.

"La Corte considera: Todos los derechos reales pueden reivindicarse, excepto el de herencia. Este tiene su modo legal de ejercicio bajo el nombre de petición de herencia. Es la acción que corresponde a quien por ley o testamento pertenece una herencia ocupada por otro en calidad de heredero, para que le sea adjudicada y se le restituyan las cosas hereditarias. La acción reivindicatoria se distingue de la de petición de herencia por razones de origen, objeto, partes, controversia y pruebas. Así: 1º La reivindicatoria se origina del derecho real de dominio; la de petición se origina del derecho real de herencia; 2º La reivindicatoria tiene por objeto una cosa singular, esto es, particular, determinada y cierta; la de petición tiene por objeto una cosa universal, con universalidad de derecho, no de hecho. (Hay universalidad de hecho, como un rebaño o una biblioteca, que pueden reivindicarse). 3º La reivindicatoria corresponde al verdadero dueño contra el que posee una cosa singular que no es suya; la de petición corresponde al legítimo heredero contra el que ocupa indefinidamente una herencia diciéndose heredero; 4º La reivindicatoria da origen a un juicio en que se discute la calidad de dueño; la de petición da origen a un juicio en que se discute la calidad de heredero, y 5º La reivindicatoria impone al actor la carga de probar el derecho de propiedad que invoca; la de petición impone al actor la carga de probar su calidad de here-

(1) Véase la sentencia de fecha 27 de julio de 1935.

dero." (Casación, XLIV, Nos. 1914 y 1915, septiembre 28 de 1936) (1).

Págs. 155, 1ª y 2ª

ACTOS DE COMERCIO

- 12 -

Joaquín Rivera S., dependiente de la sociedad mercantil denominada Jheso Reyes Hissen y Cía., S. A., demandó a esa sociedad para el pago de unas sumas de dinero a que fue condenada. En casación alegaba la sociedad recurrente que se le habían reconocido al actor ciertas sumas de dinero que no procedían de actos mercantiles, etc., por lo cual habían sido violados varios artículos del Código Civil, y que, además, el actor no tenía el carácter de comerciante. Al estudiar la Sala los cargos contra la sentencia, hace, sobre ese punto, fuera de otras, las siguientes consideraciones:

"c) El referido artículo es aplicable solamente a los actos de comercio que lo son para ambas partes, o es aplicable también a los llamados actos mixtos y aun a los actos puramente civiles? d) Se trataba, en el caso que se estudia, de un acto de comercio, de un acto mixto o de un acto civil?' A las cuales responde: 'En cuanto a la tercera de las cuestiones enumeradas, se considera: En sus orígenes, y especialmente en la época en que era puramente consuetudinario, el derecho comercial no estaba destinado a regir sino única y exclusivamente a los comerciantes. Con el transcurso de los tiempos han cambiado las cosas: al lado de las reglas especialísimas para los comerciantes, los códigos comerciales modernos consagran un gran número de normas que se aplican a determinadas operaciones, cualquiera que sea la profesión de las personas que las hayan celebrado. A tales operaciones se les designa generalmente en la doctrina, lo mismo que en nuestro código, con el nombre de actos de comercio. Dentro de este orden de ideas establece el artículo 10 de nuestro Código que 'los que ejecuten accidentalmente alguna operación de comercio, no serán considerados comerciantes para todos los efectos legales; pero quedan sujetos en cuanto a las controversias que ocurran sobre estas operaciones, a las leyes y a la jurisdicción del comercio'. Por muchos conceptos —y muy especialmente por lo que a las pruebas concierne — es indispensable saber, en cada caso, si el contrato, negocio u operación de que se trata constituye un verdadero acto de comercio, independientemente de la calidad de comerciante o no comerciante de quien lo ejecuta. Hay dos categorías de actos de comercio: los unos son comerciales por sí mismos e independientemente de la persona que los hace; los otros se reputan comerciales por razón de la profesión de su autor. Unos y otros pueden tener carácter comercial para ambas partes o para una sola de ellas, siendo actos puramente civiles para la otra. Estos últimos se denominan actos mixtos. Entre los actos comerciales por sí mismos, o actos de comercio absolutos, hay unos que son comerciales en razón de la intención o de los móviles determinantes, como en el caso de la compra de muebles, que tiene el carácter de comercial cuando se verifica con ánimo de revenderlos, y hay otros

Págs.

(1) Aunque halló la Corte que el Tribunal había errado en la interpretación de la demanda, no casó la sentencia porque ella tenía otros fundamentos suficientemente poderosos para sustentarla.

Págs.

que son comerciales por su propia virtud, independientemente de todo móvil determinante, como el endoso de una letra de cambio. En cuanto a los actos que se reputan comerciales en razón de la calidad de las personas de que emanan, hay que distinguir entre los actos que no tienen ninguna relación con el comercio de quien los ejecuta, sobre los cuales la calidad de comerciante de éste no influye, y aquellos que aunque no constitutivos propiamente del ejercicio del comercio se relacionan estrechamente con éste, en cuanto tienden a satisfacer determinadas necesidades de la misma profesión, los cuales sí se reputan actos de comercio. Pertenecen a esta última clase, entre otros, los contratos por medio de los cuales un comerciante contrata factores o dependientes para su comercio, que no son actos de comercio por sí mismos e independientemente de la profesión de la persona que los hace sino que se reputan comerciales en razón de la profesión de quien los ejecuta. Pero tales contratos no son comerciales para ambas partes: son comerciales para el comerciante y civiles para el empleado o dependiente. Lo propio sucede con los préstamos, que no son operaciones comerciales por sí mismas sino que pueden llegar a tener ese carácter en razón de la calidad de comerciantes de las partes y que pueden ser también contratos civiles para uno de los contratantes y comerciales para el otro. La Corte de Casación francesa ha dicho, dentro de este orden de ideas, lo siguiente, que es perfectamente aplicable a nuestra legislación: 'Aunque la obligación no tenga por su naturaleza propia un carácter comercial, basta que se relacione con un comercio y sea el accesorio de éste, para que ella tome el carácter comercial y para que los litigios sean de la competencia del Tribunal de Comercio.' La clasificación que se acaba de hacer de los actos de comercio, aunque no expuesta de manera completa y con claridad por nuestro código, corresponde en lo esencial con el contenido de los artículos 20 y siguientes del Código Comercial. El primero de ellos se refiere a los actos que tienen el carácter de comerciales por sí mismos e independientemente de la profesión de la persona que los ha hecho, y el segundo a los actos reputados como comerciales en razón de la calidad de las personas de que emanan. Respecto del reconocimiento de los actos mixtos en el derecho colombiano basta anotar que el primero de los textos citados comienza asentando que los actos de comercio pueden serlo 'ya de parte de ambos contratantes, ya de parte de uno de ellos.' Los actos jurídicos a que se refiere el litigio —tanto el préstamo de los $ 1,250 como lo concerniente a las convenciones sobre remuneración extraordinaria o adicional del dependiente Rivera— pertenecen a esa clase de actos mixtos de que se viene hablando, que tienen el carácter de comerciales para el demandado y de civiles para el demandante. Es incuestionable que tienen el carácter de actos comerciales para el demandado porque se reúnen, para el caso, los dos requisitos necesarios cuando se trata, como aquí, de actos que no son comerciales por sí mismos y por su propia virtud sino por la profesión de la persona de quien emanan, a saber: que esta persona tenga el carácter de comerciante y que el acto se relacione directamente con la explotación de su comercio aunque no sea constitutivo del ejercicio mismo de tal comercio.

Págs.

(Vésse Lyon Caen et Renault, 6ª edición, tomo I, números 167 y 168 y siguientes). A las mismas conclusiones se llegaría, por lo demás, si en vez de adoptar, para los actos de comercio la clasificación ya expuesta, que es la clásica, se prohijara la propuesta más recientemente por el profesor Rocco (Principios de Derecho Mercantil, edición castellana, 1931, número 51 y siguientes): "La distribución de los actos mercantiles, que brota espontáneamente de nuestro análisis—dice Rocco—consiste en actos mercantiles por su naturaleza intrínseca y actos mercantiles por conexión; así hemos visto que algunos actos la ley los considera comerciales porque practican de un modo unívoco y característico la interposición en el cambio, en tanto que otros los califican de comerciales, aun cuando por sí no desempeñen una función económica característica, en cuanto son conexos con una operación de interposición. Evidentemente, en todo cambio mediato hay una serie de operaciones características concatenadas entre sí, y que todas juntas constituyen la interposición en el cambio; esto ocurre en el cambio mediato de mercaderías, de títulos de crédito o bienes inmuebles, en que la interposición la constituye un acto de adquisición realizado con el fin de enajenarla después y por la enajenación que se sigue a este acto adquisitivo; así también la operación de banca de un acto en que se toma dinero a crédito con la intención de darlo a su vez a crédito también, y por un acto sucesivo en que ese dinero, recibido a crédito, se entrega a crédito también; lo mismo ocurre en la empresa cuya interposición consta de los actos varios indispensables para reclutar, organizar y dirigir el trabajo, para obtener un determinado producto o servicio enajenable o prestable, y de los actos sucesivos con que el producto se enajena o presta el servicio; otro tanto ocurre con el seguro, en el que la interposición consiste en todos los actos necesarios para concentrar el riesgo, reclutar y elección de los asegurados, liquidación y pago de las cantidades aseguradas y de los actos necesarios para distribuir los riesgos, formular tarifas, recaudar las primas y administrar los fondos reunidos. Pero junto a estos actos constitutivos de intermediación hay otros que sirven a la intermediación; estos actos en sí son económicamente neutros o equívocos, porque pueden servir para varios fines; pero cuando se emplean para facilitar una operación de interposición en el cambio, se injertan, digámoslo así, a ella, y asumen carácter mercantil a causa de conexión.' 'Finalmente—dice más adelante Rocco—dividimos los actos mercantiles en dos grandes clases: a) actos mercantiles según su naturaleza intrínseca, o actos mercantiles constitutivos; b) actos mercantiles por conexión, o también actos mercantiles accesorios.' Y refiriéndose a estos últimos, agrega: 'Toda actividad, aunque no sea mercantil por sí pero que esté relacionada con una actividad de esta clase y propenda a facilitarla, es comercial, aunque no esté comprendida expresamente en los casos previstos por la ley... Por tanto serán comerciales no sólo la mediación en un asunto comercial, sino el depósito a causa del negocio de esta clase, de la cuenta corriente y el cheque; en el mismo supuesto, el mandato y la comisión para negocios mercantiles, sino también el arrendamiento, y aun la prenda y la cesión, la transacción, el mutuo, el comodato, hasta la donación a veces,

Págs.

cuando tenga una causa mercantil, es decir, que se relacione con una actividad comercial.' Es incuestionable que los actos jurídicos a que se refirió el juramento supletorio del demandante son de los que Rocco denomina actos mercantiles por conexión o actos mercantiles accesorios no sólo por su directa relación con los actos constitutivos de intermediación ejecutados por Obeso, Reyes, Nissen & Cía. en el ejercicio de su comercio, sino porque son de aquellos que propenden a facilitar la actividad puramente mercantil. Claro está que Rocco admite que tanto entre los actos mercantiles por su naturaleza intrínseca como entre los actos mercantiles por conexión, hay actos mixtos, o sea actos que son comerciales para una de las partes y civiles para la otra. Al resolver el problema de la ley que ha de regular esta clase de actos, expone los diversos sistemas propuestos al respecto, a saber: a) aplicar la ley del demandado; b) facultad para la parte que no ha celebrado acto comercial sino civil de elegir la ley aplicable; c) aplicación en todos los casos de la ley mercantil. Como es obvio, cualquiera que sea, entre todos esos sistemas, el que se adopte para el presente caso, resulta incuestionable la aplicabilidad de la ley mercantil, o sea, en concreto, la aplicabilidad del artículo 46 del Código de Comercio a la prueba de los actos jurídicos sobre que versa el litigio. Como consecuencia de todo lo cual se puede concluir que la tercera de las cuestiones planteadas debe ser resuelta en el sentido de que los actos jurídicos sobre que versa el litigio son actos mixtos que tienen el carácter de comerciales para el demandado y de civiles para el demandante. En cuanto a la cuarta de las aludidas cuestiones, la Corte considera que cuando se trata de actos mixtos el régimen probatorio del Código de Comercio puede ser empleado contra aquella de las partes para la cual el acto ha revestido un carácter comercial. Así lo proclama unánimemente la doctrina. 'La naturaleza de las pruebas admisibles —dicen Lyon Caen et Renault, 5ª edición, Tomo III, número 87— depende en principio, no de la calidad de las partes, sino de la naturaleza de los actos y de los hechos que hay que probar. Todo sería muy fácil si los actos fueran siempre o civiles o comerciales con respecto a todas las partes. Bastaría decir que las disposiciones especiales sobre pruebas rigen para los actos de comercio cualquiera que sea la profesión de las partes y salvo las reglas especiales a los libros de comercio. Pero como ya se explicó, hay actos que, comerciales con respecto a una de las partes, son civiles con respecto a la otra. El carácter mixto de estos actos hace surgir dificultades relativas a la competencia y a los modos de prueba admisibles. No sería posible, como se ha propuesto, aplicar exclusivamente con respecto a las dos partes las pruebas del Derecho Civil o las del Derecho Comercial. Quien ejecuta un acto de comercio no podría legítimamente quejarse de que se empleen contra él las pruebas comerciales y, por el contrario, quien ejecuta un acto que entra en el derecho común sería injustamente sacrificado si las pruebas del Derecho Comercial pudieran ser empleadas contra él. Hay que hacer una distinción: cuando un acto es civil con respecto a una de las partes y comercial con respecto a la otra, sólo las pruebas de derecho común pueden ser empleadas contra la primera, mientras que contra la segunda la prueba puede hacerse

Págs.

conforme a los principios del Derecho Comercial, de tal manera que contra esta última parte el principio de la libertad de prueba es admisible. No se concebiría que quien ha hecho acto de comercio alegara que ese mismo acto es civil con respecto a su contratante, y la parte que ha hecho un acto puramente civil para ella no podría sufrir, por ningún motivo, las consecuencias de que tal acto tenga el carácter de comercial para la otra parte.... El sistema que acaba de ser expuesto es el más racional y el más lógico ante el silencio de nuestras leyes; no es el más sencillo. El que, desde el punto de vista de la sencillez, sería más satisfactorio, consistiría en aplicar la ley comercial por el solo hecho de que un acto sea comercial para una de las partes. Tal es el principio admitido por los artículos 54 del Código Italiano, 56 del Código Rumano y 99 del Código Portugués. Nuestro Código de Comercio no consagró este principio consignado en los textos extranjeros que acaban de citarse. Como el francés, guardó silencio al respecto y, como se ha hecho en el derecho francés, ese silencio tiene que ser suplido por el sistema considerado como el más racional y el más lógico, aunque no como el más sencillo. Dedúcese de lo que acaba de exponerse que el artículo 46 del Código de Comercio era aplicable, como lo aplicó el Tribunal, al litigio que se estudia..." (Casación, XLIV, Nos. 1914 y 1915, julio 31 de 1936)..... 95, 2ª, 96, 1ª y 2ª, 97, 1ª y 2ª, y 98, 1ª

Págs.

ACUERDO QUE PONE FIN AL JUICIO SUMARIO SOBRE SOLICITUD PARA CANCELAR LA INSCRIPCION DE UN ABOGADO—ES APELABLE

- 13 -

"Las providencias en que se admite o se niega la inscripción de un abogado tienen el carácter de acuerdos, como lo ha resuelto la Corte en varios casos, porque ellas no recaen sobre procesos en que haya habido controversia judicial y son decisiones en que el Tribunal procede como entidad de carácter técnico o científico, para calificar la versación y el cumplimiento de las formalidades legales por parte de un individuo que aspira a ejercer la profesión de abogado. A esa clase de resoluciones es a las que se refiere la Corte en las doctrinas citadas por el Tribunal. El caso que se estudia es distinto. No se trata de la solicitud de inscripción para ejercer la profesión de abogado, sino de la petición hecha por un ciudadano, de conformidad con el derecho que otorga el artículo 11 de la ley 21 de 1931, para que se cancele la inscripción ya decretada, es decir, para que se prive a un abogado del derecho de ejercer su profesión. La disposición citada ordena seguir un juicio sumario, con audiencia del Ministerio Público. Hay, por tanto, una controversia de carácter judicial y la resolución que pone fin al juicio no es un acuerdo sino una verdadera sentencia, conforme al artículo 456, numeral 1º, del C. Judicial. El Tribunal tramitó el negocio como un juicio sumario, corrió traslado de la demanda y abrió el asunto a prueba; no se explica por qué aquella entidad desconoce el carácter de sentencia que tiene su decisión para concluír que es un acuerdo que no

Págs.

es susceptible de apelación." (Auto, Sala de Negocios Generales, XLIV, números 1920 y 1921, febrero 2 de 1937). La Corte admitió el recurso de hecho propuesto, por haberse negado la apelación intentada. 764, 1ª

ACUMULACION DE PRUEBAS

- 14 -

Véase: Pruebas, Casación del 9 de julio de 1936, páginas 79 y siguientes, Nos. 1914 y 1915, Gaceta Judicial.

ADJUDICACION DE CREDITOS ACTIVOS DE UNA SUCESION AL ALBACEA CON TENENCIA DE BIENES

- 15 -

La adjudicación de un crédito activo de una sucesión hecha por el partidor a favor del albacea con tenencia de bienes, con la aprobación de todos los partícipes representantes de los derechos del difunto y con la expresa atestación que hace el partidor en la hijuela de que la adjudicación del crédito a favor de dicho albacea tiene por causa el que éste ha hecho gastos del juicio que se le deben pagar y que además está encargado de hacer otros pagos que constan en hijuelas, tiene claramente el alcance de trasferirle al adjudicatario todos los derechos que el causante tenía por razón de su crédito, de acuerdo con lo establecido en la primera parte del artículo 1401 y en el 673 del C. C. (Casación, XLIV, Nos. 1920 y 1921, diciembre 16 de 1936)..... 693, 1ª

Págs.

ADJUDICACION DE MINAS

- 16 -

Véase: Minas. (Casación del 30 de abril de 1936).

ADMINISTRACION

- 17 -

Es acto clásico de administración el arrendamiento de una finca. (Casación, XLIV, Nos. 1914 y 1915, julio 9 de 1936)..... 79, 2ª

AGENTE, COMISIONISTA DE NEGOCIOS

- 18 -

Juan María Montoya demandó a la sociedad denominada Grace & Co. Central Americana para que le devolviera cierta cantidad de dinero remitida por el mismo a la trilladora La Calarcá, entregada al agente de la casa, Jesús Carmona, en esa población. Negaba la sociedad demandada que Carmona hubiese sido su agente y el Tribunal dedujo esa circunstancia de numerosos indicios, tales como el figurar Carmona en los libros de Grace & Co. como agente vendedor de esa casa comercial, la existencia de una línea telefónica al servicio de la Grace y Carmona desde la gerencia de Grace hasta la oficina de Carmona, el aviso en grandes caracteres que sobre la puerta de la calle y en la oficina de Carmona decía: 'Jesús Carmona T., Agente de Grace & Co.', etc. Condenada la sociedad demandada al tenor de la demanda recurrió en casación contra el fallo del Tribunal acusándolo, entre otros cargos, de violación de los artículos 2177 del

Págs.

Código Civil y 356 del de Comercio. Dijo la Corte:

"Continúa el recurrente su demanda atacando el fallo en cuanto al hecho indicado o inferido —haber obrado como agente de la casa Grace— diera lugar a la aplicación de los artículos 2177 del C. C. y 356 del de Comercio, conforme a los cuales el mandatario no obliga al mandante cuando contrata a su propio nombre, y, en caso de duda, se presume que ha contratado en su propio nombre, y considera el recurrente que no fueron aplicados en este recto sentido tales preceptos, o lo fueron acaso en sentido contrario. En otros términos, que dando por probado, en gracia del razonamiento, que con tales indicios se pueda admitir que Carmona obró como agente de Grace, de ese hecho no se deduce la conclusión en derecho a que llega el Tribunal de obligar a Grace, tercero mandante, a responder del acto de Carmona, siendo así que al tenor de la doctrina que informa esas disposiciones legales, el agente obraba en nombre propio y se obligó directamente con el demandante Montoya. Considera la Corte que la doctrina aducida por el recurrente es inobjetable para cuando al mandatario civil (art. 2177), o el comisionista de comercio (arts. 356 y 357 del C. de Co.), contratan en su propio nombre, o haya de presumirse que así obró en caso de duda. Pero una solución contraria se desprende de la doctrina que informa tanto los artículos citados como los números 358 a 362 inclusive del mismo Código Mercantil, cuando no hay duda de que una persona, y en especial la que accidentalmente ejecuta un acto de comisionista, obró a nombre de su comitente, que fue el punto de partida del Tribunal. En efecto: Esa corporación tuvo por cierto, según se ha visto, que en virtud de varias circunstancias, Jesús Carmona intervino en el negocio del café entregado en la trilladora de Grace & Co. como agente de esta casa y no en su propio nombre; y así, aunque no aplique expresamente el art. 362 del código del ramo, como ha debido hacerlo, sí llegó a la conclusión que ese precepto consagra. Para el Tribunal no hubo duda de la manera como contratara Carmona, sino que precisamente advierte que los documentos que analiza llevan a su ánimo la evidente conclusión, dice, de que Carmona contrató por y para la casa Grace. En esa posición, el fallador dedujo una recta conclusión en derecho. Aparte de lo ya apuntado sobre los antecedentes de Carmona con Grace, contribuye a disipar cualquier duda de la manera como intervino Carmona en el negocio, la circunstancia de que en autos no aparece obrando éste como comisionista profesional, al servicio de cuantas personas quisieran ocuparlo, y ni siquiera como representante de comercio, tipo especial de comisionista que el tráfico comercial ha impuesto y de que no se ocupa nuestro Código Mercantil, pero que no repugna a la doctrina que lo informa, que sólo se dedica a servir intereses afines de varias casas para agenciarlos con mejor eficacia y garantía. De autos resulta Carmona como un agente de la casa Grace, destacado por ésta en una región cafetera para que le comprara café. (Véanse posiciones del gerente de Grace, folio 6, cuaderno número 2). Las suposiciones del recurrente son pues menos aceptables si Carmona no aparece actuando sobre la base misma de los artículos 356 y 357, que sugieren la posibilidad de que se trate de comisionistas profesionales,

Págs.

Págs.

que son los que, por conveniencias del trabajo mercantil, suelen obrar a nombre propio y aun ocultando sin revelar el nombre de su comitente o de la persona por cuya cuenta contrata. Tampoco está de sobra otra observación. La calificación de agente no excluye la de comisionista: una y otra son especies de mandato comercial, según el artículo 332. Pero no ha sido actuando como agente en el sentido restringido de agente de cambio o de bolsa como Carmona, a través de autos, ostentaba su mandato, sino en el sentido común de quien tenía facultad o poder para producir o causar algún efecto, es decir, como agente de negocios, que por oficio gestionaba negocios ajenos, pero no de un público indeterminado, sino de la casa Grace, cuya dependencia ostentaba en la tabla o cartel de la puerta de la agencia. Siendo así, no puede verse un error evidente del fallador en tener a Carmona como mandatario que obraba en nombre de Grace y no en el suyo propio. El interés de saber si una determinada operación ha sido ejecutada por un comisionista en nombre propio o en el de su mandante dice orden a los terceros que contrataron con el comisionista y no a éste con su mandante, respecto del cual en uno y otro caso conserva los derechos y obligaciones de mandatario comercial (artículo 362, inciso 2º). Es a los terceros a quienes importa la distinción para saber si deben tener por deudor al comisionista o al mandante. Pero la costumbre comercial, atendidas las conveniencias del tráfico, impuso la solución codificada por nuestro estatuto, de que aun en caso de duda se presuma que el comisionista contrató en su nombre y los terceros tengan acción contra éste y no contra el mandante. Pero el mismo interés

Págs.

permite al tercero probar la verdadera calidad con que el comisionista obró para exigir del mandante, no ya oculto o desconocido, o no ya simple interesado en el negocio, la responsabilidad del acto ejecutado en nombre de él por su mandatario. De ahí que el artículo 359 permita al comisionista reservarse el derecho de declarar más tarde la persona por cuya cuenta contrata, a fin de que, hecha luégo la declaración, el comisionista quede desligado de todo compromiso y la persona nombrada le sustituya retroactivamente en todos los derechos y obligaciones resultantes del contrato. En el caso de autos, la persona del mandante estaba revelada de tal manera inequívoca que algo más que como interesada en el negocio, pudo tomarla el Tribunal como mandante que hacía pública ostentación de tener por su agente a Jesús Carmona. Los artículos 356 a 361 del Código de Comercio son la expresión del fenómeno jurídico denominado mandato sin representación, que consulta la índole del cargo de comisionista, dada su misión en los negocios mercantiles. Pero el artículo 362 del mismo Código vuelve a colocar al comisionista, para cuando no sea dudoso que obró en nombre de su comitente, como en el caso de autos, dentro de la regla general de la representación envuelta en el mandato. Es ésta, y no aquélla, la disposición aplicable al caso de autos. No es pues fundado el cargo de violación de los artículos 2177 del C. C. y 356 del C. de Co." (Casación, XLIV, Nº 1917, agosto 5 de 1936) 324, 1º y 2º, 325, 1º

Pág.

ALCANCE

- 19 -

"En varios fallos la Sala ha resuelto que la falta de reserva no es suficiente para dejar una suma a cargo del responsable, cuando aparece comprobado que el gasto se hizo con facultad suficiente y con orden superior. En este caso la erogación se hizo en provecho de la Nación y por orden del Ministerio de Guerra y no es equitativo ni justo elevar el gasto a alcance en contra del responsable por el sólo hecho de faltar una formalidad de contabilidad. Sobre el particular el señor Procurador dice con mucho acierto que 'el hecho de que ese gasto no aparezca autorizado en las vigencias del presupuesto, no implica ni podría implicar el nacimiento de una obligación para con el Estado, a cargo del empleado que invirtió dinero en provecho de aquél y con autorización de su superior.' (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLIV, Nos. 1920 y 1921, febrero 12 de 1937) ----------

772, 1º y 2º

APELACIONES DE LOS AUTOS DE PROCEDER

- 20 -

"Debiendo revisar el Tribunal por apelación el auto de proceder que dictó el Juzgado 2º Superior de Bogotá, no lo hizo en Sala de Decisión, sino solamente por medio de uno de los señores magistrados. La Corte acaba de sentar doctrina sobre esta cuestión procedimental en sentencia de 17 del mes en curso, de la cual son los pasajes siguientes: 'No se diga que el artículo 35 de la ley 104 de 1922 dejó de regir al expedirse

Pág.

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 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, XLIV, Nos. 1914 y 1915, octubre 22 de 1936) (1) .. 179, 1ª y 2ª

APELACIONES DE LOS AUTOS DE PROCEDER

- 21 -

"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." (Casación, XLIV, Nº 1915, septiembre 22 de 1936) ---------- 228, 2ª

APRECIACION DE INDICIOS

- 22 -

En el juicio que intentó Juan María Montoya contra la sociedad denominada Grace & Co. Central Americana sobre devolución de un café entregado a Jesús Carmona, agente de Grace en Calarcá, en calidad de depósito, numerosos indicios sirvieron al Tribunal sentenciador para estimar que Carmona era un mandatario de la sociedad demandada. En casación se atacaba el fallo del Tribunal por la sociedad demandada, entre otros motivos, por la apreciación de los indicios.

(1) Numerosas han sido las decisiones de la Corte en este sentido.

P

Págs.

"Estima la Corte que, como ya lo advirtió, el Tribunal llegó a la conclusión anotada a través de numerosos indicios, y no solamente de los dos atacados por el recurrente, indicios que, relacionándolos entre sí en forma que no merece censura, informaron la convicción y el fallo del Tribunal. La certeza que anima al fallador, formada o inferida mediante la ponderación y análisis de tales elementos de convicción, es respetable para la Corte, mientras los cargos en casación no vengan a demostrar errores manifiestos en la apreciación legal de ellos sea en orden al valor probatorio de los hechos indicativos, intrínsecamente considerados (error de derecho) sea en orden a la gravedad, precisión y conexión de tales hechos, en relación con la realidad que el fallador creyó deducir (error de hecho manifiesto), de manera que la norma de derecho aplicada por el fallador, no pueda subsistir por faltarle ya su apoyo en los hechos. De aquellos errores de derecho (no estar suficientemente probado cada hecho indiciario, por ejemplo), o de estos errores de hecho (error en las inferencias analógicas primarias, o en las conjeturales analógicas, por ejemplo), puede evidenciarse o manifestarse un error final en la inferencia síntesis o resultado que el fallador creyó que le servía para declarar probado el hecho indicado. Si por tener por probado el hecho indicado resulta indebida o erróneamente aplicada la norma de derecho, se habrá justificado una causal de casación. También puede resultar que la inferencia resultante o presunción formada por el Juez (certeza que se produce a través de indicios, o del análisis ponderativo de los demás medios de prueba), sea

Págs.

correctamente formada o inferida; y que el Juez llegue a la convicción de que el hecho indicado corresponde a la realidad. Si a lo largo de la formación de ese proceso legal-moral no resultan manifiestos los referidos errores, la convicción debe mantenerse en casación, y no prospera el ataque sino por indebida aplicación de la norma legal al hecho indicado o inferido, en la misma forma en que se ataca por indebida aplicación de éste a un hecho probado por medios ya directos." (Casación, XLIV, Nº 1917, agosto 5 de 1936) (1) 323, 1º

APRECIACION DE LA ACCION

- 23 -

"...La Corte no puede, en casación, variar la apreciación de la acción que hizo el fallador, mientras esta apreciación no sea atacada en debida forma por el recurrente." (Casación, XLIV, Nos. 1918 y 1919, agosto 28 de 1936) 426, 2º

APRECIACION DE LA PRUEBA DEL CUERPO DEL DELITO

- 24 -

Véase: Cuerpo del delito. Casación del 27 de julio de 1936, 177, 2ª, Nos. 1914 y 1915, Gaceta Judicial.

APRECIACION DE PRUEBAS

- 25 -

En un juicio sobre nulidad por simulación de un contrato, pedida de acuerdo con la antigua doctrina de que la simulación por sí sola es causa de nulidad, había apreciado el Tribunal sentenciador unas declaraciones de testigos del actor, que prefirió a las aducidas por el demandado. Se acusaba el fallo por error de hecho en la apreciación de esas declaraciones.

"La Corte, en casación, no puede corregir las apreciaciones de esa índole hechas por el Tribunal de segunda instancia sino en cuanto el acusador compruebe los errores que precisa y taxativamente establece a ese efecto el artículo 520 del C. J. en el inciso 2º de su numeral 1º, que termina diciendo: '....error de derecho, o en error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos.' (Casación, XLIV, Nos. 1920 y 1921, diciembre 12 de 1936) (1) 671, 2º

APRECIACION DE PRUEBAS

- 26 -

"...Es bien sabido que en casación la falta o la mala apreciación de pruebas no es bastante para determinar la infirmación del fallo acusado, pues es menester demostrar que esa falta de apreciación o esa mala apreciación de pruebas condujeron a un error de hecho manifiesto..." (Casación, XLIV, Nos. 1920 y 1921, diciembre 12 de 1936)... 683, 1º

ARBITRAMENTO

- 27 -

Nombrado por el Gobernador del Departamento del Magdalena, con-

(1) Concordancias: véanse los números 1928, 1929, tomo 1º, JURISPRUDENCIA DE LA CORTE, 1225, 1226, 1227, tomo 2º, y 2001, 2002, 2004, 2005, 2007, 2010, 2011, 2012, 2013, tomo 3º.

(1) Concordancias: véanse los números 934, 564, tomo I, JURISPRUDENCIA DE LA CORTE, 138, 140, tomo 2º, 230, 263, tomo 3º.

forme a autorización concedida por la Asamblea un tribunal de arbitramento para determinar la cuantía de honorarios que debían pagársele al doctor Rodolfo Danies por sus gestiones como abogado del Departamento, y dictada la correspondiente sentencia, se presentaron en el juicio ejecutivo que siguió Danies contra el Departamento algunas excepciones, una de las cuales fue la de falta de ejecutoria e ineficacia de la sentencia arbitral por no haber sido consultada.

"Las sentencias de los tribunales de arbitramento no pueden ser objeto de ulterior revisión por parte de otra autoridad. Por su naturaleza, el fallo arbitral es definitivo. Si las sentencias de los tribunales de arbitramento que declaran obligaciones, como la de pagar una suma de dinero, que es el caso de autos, estuviesen sometidas a una revisión por otro juez o tribunal, tales fallos apenas tendrían el valor de un dictamen pericial, avalúo o concepto que habría de servirle al sentenciador de última instancia como ilustración o prueba para su fallo. Pero no es esto lo que la ley ha querido establecer al autorizar la jurisdicción de los tribunales ordinarios. Sus sentencias han de ser inapelables para que se alcance el objetivo buscado por el legislador de definir por una vez y para siempre las cuestiones litigiosas que las partes estimen por conveniente sustraer a las naturales dilaciones de los procedimientos ordinarios. Y hay además una razón, también legal, para considerar que las sentencias de arbitramento no puedan ser materia de revisión o apelación, y es la que se desprende de las disposiciones contenidas en los artículos 1224 y 1225 del C. J., conforme a las cuales, notificada una sentencia arbitral y registrada, lo

Pág.

único que sigue es la protocolización que el Presidente y el Secretario harán en una Notaría del expediente formado por el tribunal." (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLIV, Nº 1917, octubre 10 de 1936) 390, 2º, y 391, 1º

ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS. MANDATO

- 26 -

Como hubiese prestado Abisael Reina ciertos servicios a Francisco A. Castilla en la hacienda de éste llamada "Chimbá", consistentes en atender a las plantaciones, siembras, resiembras y desyerbas de cafetales y cañamelares, limpia de potreros, consecución de peones, ordenación de los trabajos de la hacienda, etc., le demandó para su pago. Tanto el Juez como el Tribunal creyeron que se trataba de un mandato y que antes debía proceder la rendición de cuentas por el mandatario, por lo cual, absuelto el demandado, recurrió en casación el actor ante la Corte acusando al fallo por violación de los artículos referentes al mandato que aplicó el Tribunal sin ser el caso.

"Pero acontece que no puede entenderse que ese contrato fuera de mandato siendo así que no hubo actos jurídicos en que Reina hubiese de obrar en lugar y a nombre de Castilla llevando su representación, sino un arrendamiento de servicios, tal como corresponde a lo que quedó establecido sobre los que Reina prestó a Castilla y de que aquí se trata, desde la demanda y su respuesta, es decir, por lo que vino a ser consenso de las partes. Reina afirma que ellos fueron los que su demanda trae, tal como aquí quedó

Págs.

resumida, y Castilla concurre a la misma afirmación, la que no se destruye por el hecho de haber hablado de mandato, en forma coronada a la verdad por el éxito, que no se opone a reconocer que la calificación de los contratos no nace de ahí, sino de sus elementos propios, de sus cualidades intrínsecas. A la manera como, por ejemplo, un asignatario es legatario o heredero por la clase misma de su asignación y no por la palabra de que el testador se haya valido. (C. C., arts. 1155 y 1162). En el mandato el mandatario precisamente ejecuta o ha de ejecutar actos jurídicos y no menos actos materiales que es lo que por su lado caracteriza el arrendamiento de servicios. El mandatario procede en el lugar y a nombre del mandante. Estos dos contratos frecuentemente se combinan en forma que a las veces sobrevienen dificultades por confundirlos, y cuando, coexistiendo, se olvida que ambos concurren, sencillo es incurrir en un defecto de juicio en que se decide sobre lo correspondiente al uno olvidando o dejando de lado lo correspondiente al otro. Nuestra jurisprudencia tiene establecido claramente cómo los dos contratos de que se viene hablando deben distinguirse y cuán fácil es hacerlo parando mientes en que el mandato, en contraste con el arrendamiento de servicios, implica necesariamente la representación, al punto de figurar como elemento esencial de su definición misma (C. C., art. 2124 citado), el que la persona encargada de la gestión se haga cargo de los asuntos respectivos por cuenta y riesgo de aquella que la ocupa. Así, por ejemplo, en sentencia de esta corporación de 10 de febrero de 1894, en juicio en que se demandaba el pago de ciertos servicios, entre los cuales figuraba la asistencia y remuneración de la demandante como enfermera, se desechó en casación el cargo relativo a la absolución pronunciada por el Tribunal sentenciador respecto de estos servicios, en atención a que la demandante en la precisa y única calidad de mandatario fue como formuló su demanda. Con ocasión de ello la Corte hace así la debida distinción entre esos dos contratos. (G. J., Nº 441, IX, páginas 193 a 195). Y en la sentencia que la Corte pronunció el 10 de diciembre de 1889 (G. J., Nos. 733 a 734, tomo XV, páginas 1ª y siguientes), llama singularmente la atención respecto de esa misma diferencia, a la citada expresión 'por cuenta y riesgo' y para mayor claridad agrega: 'no basta que una persona se obligue a hacer una cosa para otra, porque esta obligación se encuentra en todos los contratos que tienen por objeto un hecho; es necesario que el que se haga cargo de los negocios los haga por cuenta y riesgo del que se los confía o en su nombre.' Trasladando estas observaciones al caso del presente pleito, el concepto de tratarse aquí de arrendamiento de servicios queda confirmado, siendo así que por una parte la dirección de los trabajos y provisión de fondos estaba a cargo del dueño, quien a ello atendía personalmente o por medio de su sobrino Jorge, y, por otra parte y ante todo, que Reina no obraba en nada de ello asumiendo el nombre y representación de su actual demandado." (Casación, XLIV, Nos. 1914 y 1915, agosto 5 de 1936) .....

Págs.

109, 1º y 2º, y 110, 13

Págs.

AVISO DE MINAS

- 29 -

Véase: Minas. Casación del 25 de agosto de 1936, G. J. Nº 1917, 331, 1º.

B

BALDIOS Y BIENES VACANTES

- 30 -

"Hay diferencia entre vacantes y baldíos. Son baldíos, bajo el imperio de la actual legislación y del Código Fiscal de 1873, los terrenos no apropiados particularmente con títulos legítimos; y vacantes son los inmuebles que, habiendo estado bajo el dominio del hombre, no tienen dueño aparente o conocido." (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLIV, Nos. 1920 y 1921, febrero 22 de 1937) ---------- 778, 2ª

BENEFICIO DE INVENTARIO Y BENEFICIO DE SEPARACION

- 31 -

El cargo de violación del artículo 18 de la ley 95 de 1890, en el recurso de casación de un juicio ordinario de nulidad de un contrato por simulación, conforme a la antigua teoría de que la simulación es causa de nulidad, se presentaba por este otro aspecto: los demandantes se presentan como herederos de la señora M., cuya causa mortuoria no aparece seguida, y así, sin inventario solemne, habían hecho acto de herederos (art. 1299 C. C.), lo que los privaría del beneficio de inventario, si pretendieran invocarlo (art. 1302 C. C.); por tanto, agregaban, el patrimonio del de cujus y los de los herederos se habían confundido y había errado el Tribunal al desconocer ese hecho y al partir de la base de que los herederos pueden hacer algo que al de cujus estuvo prohibido y en cuyo patrimonio no figuró, por haber sido contratante. De ahí se deducía el cargo de violación de aquel artículo y de los 1299 y 1302 del C. C.

"La Corte observa: el beneficio de inventario es una limitación de heredero aceptante para ante los acreedores del difunto. No gozar de ese beneficio no significa otra cosa que no poder invocar esa limitación sino tener, por el contrario, el heredero que atender con sus bienes al posible exceso de las deudas sobre lo heredado en su cuota respectiva. (C. C., artículo 1411). Pero la confusión de patrimonios es un fenómeno distinto. A ésta en su caso, pueden oponerse los acreedores del difunto con el llamado beneficio de separación, establecido para librarlos del peligro de que los bienes de éste, en vez de aplicarse a pagar sus deudas, vayan a atender a las personales del heredero. (C. C., artículos 1435 y siguientes). Que los demandantes en el presente caso gocen o no del beneficio de inventario, es, pues, un hecho del todo extraño a lo que aquí se debate." (Casación, XLIV, Nos. 1920 y 1921, diciembre 12 de 1936) ---------- 672, 1º

BIENES OCULTOS

- 32 -

"La manifestación que hace el Estado por medio de su órgano administrativo correspondiente, de que un bien que realmente le pertenezca, o cree que le pertenece, es oculto, es declaración que no puede discutirse

Págs.

nte la justicia ordinaria, porque es
l Estado mismo a quien incumbe la
alificación de ocultos o no ocultos
le algunos de sus bienes. No es que
emejante declaración, hecha por el
órgano administrativo, constituya
pso facto la existencia legal del de-
recho del Estado, como si ésta que-
dase comprobada con la declarato-
ria de ser oculto el bien en que pue-
da radicar ese derecho. Si esto fue-
ra así, la simple resolución declara-
tiva de oculto de un bien constituiría
pleno derecho del Estado sobre él, y
no habría necesidad de un juicio or-
dinario posterior para obtener la de-
claración de que ese bien volviera al
patrimonio de la Nación. La deci-
sión del órgano administrativo sobre
a condición de ocultos de algunos
bienes del Estado tiene por objeto
investir al denunciante de la perso-
nería necesaria para que pueda pro-
mover las acciones tendientes a re-
cuperar esos bienes para el Estado,
y para reconocer al mismo denun-
ciante el derecho que conforme a la
ley le corresponde como participa-
ción sobre el valor de dichos bienes,
según concepto expresado por el
Consejo de Estado en sentencia de
unio de 1925, y que la Corte acoge.
En efecto: la declaratoria de oculto
de un bien sólo quiere decir que res-
pecto de él se ha hecho oscuro el
carácter primitivo de propiedad na-
cional, y que el Estado cede al de-
nunciante una participación y lo in-
viste de la personería suficiente pa-
ra que lo reclame en juicio al usur-
pador o ocupante. Quiere decir esto
que el denunciante apoderado de la
ación echa sobre sí la carga de es-
tablecer la acción y comprobar en
uicio el derecho del Estado, pues la
declaratoria de bien oculto no signi-
fica propiamente que éste pertenez-
ca de un modo indubitable al Esta-
do, ya que puede comprobarse que

Págs.

ello no es así. Eso es bastante para comprender la razón del artículo 9º del Decreto Nº 553 de 1925, que dispone que si el denunciante abandona el juicio, se declarará caducado el contrato, y el Gobierno por medio de sus agentes continuará el juicio, sin que el denunciante tenga derecho a la participación estipulada. De modo que la declaración de oculto de un bien efectuada por el órgano administrativo crea un derecho a favor del denunciante, pero no mejora la situación jurídica del Estado respecto a la propiedad que pueda tener sobre el bien, pues debe comprobarse que esa entidad es verdaderamente dueña." (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLIV, Nos. 1914 y 1915, julio 6 de 1936) ... 183, 1º y 2ª

BONOS O CUPONES A CARGO DE UN DEPARTAMENTO, COBRADOS EJECUTIVAMENTE

33

El tenedor de varios cupones, correspondientes a bonos de empréstito externo a cargo del Departamento del Valle, demandó ejecutivamente a éste para el pago de algunas cantidades de dinero por ellos representadas. El Tribunal negó la ejecución fundándose en que no se había presentado el contrato respectivo. Dijo la Corte:

"Según el artículo 1º de la ley 46 de 1923, son instrumentos negociables los cupones que 'pertenezcan al tipo jurídico del pagaré negociable', como dice el doctor Víctor Cock en su tratado de 'Derecho Cambiario Colombiano.' El artículo 3º de la misma ley expresa que 'los bonos, obligaciones o cupones de deuda, emitidos por entidades públicas o privadas, serán negociables de

Págs.

acuerdo con el contrato o con la disposición gubernamental o legislativa en que se haya fundado la emisión de ellos, y a falta de tal disposición, de acuerdo con las prescripciones legales pertinentes..." El artículo 3º de la misma ley no incluye entre las condiciones para la negociabilidad alguna que diga relación al contrato que sirvió de fuente de las obligaciones. De aquí podría inferirse que para dicha negociabilidad nada tiene qué ver el contrato. A este respecto, la Sala acoge, porque es estrictamente jurídico, el siguiente comentario de la obra precitada: '...los bonos pueden legalmente clasificarse, desde que en principio reúnen los requisitos adecuados, como instrumentos negociables, como también su antecedente la Negotiable Instruments Law, fue expedida en consideración y con mira especialmente a los pagarés negociables, a las letras de cambio y a los cheques, y, en general, a instrumentos manifiestamente afines a los que se acaban de mencionar, y no a los bonos precisamente; observación ésta que puede ser de importancia al interpretar para aplicar la ley misma sobre instrumentos negociables a casos relacionados con bonos emitidos por entidades públicas o privadas, y especialmente al fijar el alcance del artículo 3º de la ley en cuanto dice que serán negociables 'de acuerdo con el contrato o con la disposición gubernamental', etc. Lo expuesto quiere decir que los bonos, aunque negociables en principio, pueden estar sometidos en su negociabilidad a condiciones determinadas en el contrato, lo que está indicando la presentación del contrato para definir a ciencia cierta este aspecto del asunto...' Copia luégo la Corte unos párrafos del auto apelado, y agrega: 'Evidentemente, los bonos o cupones son en principio negociables, pero el contrato puede establecer particularismos para esa negociabilidad, y exigir el contrato en la demanda ejecutiva no es negar esa negociabilidad sino establecerla de modo evidente, pues un auto ejecutivo no puede proferirse sino en virtud de una documentación indubitable e inconcusa." Termina la Corte estimando que es necesaria la presentación del contrato para la exigibilidad del pago por la vía ejecutiva de los bonos. (Auto, Sala de Negocios Generales, XLIV, Nº 1916, junio 1º de 1936) (1)..... 240, 1ª, y 241, 1ª

Págs.

BUENA FE

- 34 -

"En desarrollo de la doctrina consagrada por los artículos 768 y 769 del Código Civil, no puede menos de considerarse de buena fe a la persona que es tenedora de una finca por haberla recibido de manos del verdadero dueño, es decir, con plena y deliberada voluntad, en virtud de un contrato de promesa de venta, aunque después, por cualquier motivo, el prometiente vendedor no haya cumplido con la obligación de otorgarle la escritura de venta." (Casación, XLIV, Nos. 1914 y 1915, mayo 26 de 1936)..... 56, 1ª

BUENA FE

- 35 -

El comprador de derechos en un fundo, que no era, por tanto, dueño de todo él, siguió acción reivindicatoria contra otro, como si fuese due-

(1) Reafirmó esta doctrina la Sala en su auto del 25 de septiembre de 1936, por el cual no revocó el de 1º de junio. (G. J., Nº 1916, 243, 1ª y 2ª, 244, 1ª y 2ª, y 245, 1ª y 2ª).

Págs.

ño de cosa cierta y determinada. Como perdiese el pleito, en casación alegaba que si en cabeza de sus vendedores no estaba el dominio sobre toda la cosa, hubo entonces venta de cosa ajena, válida según la ley y suficiente para que al comprador le asista la acción reivindicatoria, concedida, aunque no se pruebe dominio, al que ha perdido la posesión de la cosa y se halla en el caso de poderla ganar por prescripción. Dijo la Corte:

"No se discute la justicia del título exhibido por el actor, pero es inadmisible que éste adquiriera con la persuasión de haber recibido la cosa de quien tenía facultad de enajenarla íntegramente. Ya se observó que en la escritura de compraventa fue insertada la de mandato, y que en la última se alude al juicio de sucesión de José Teodoro Belalcázar, citando su número, fecha y lugar, el instrumento con que se hizo la protocolización del expediente respectivo. Estas circunstancias son inconciliables con la conciencia de haberse adquirido el dominio de la totalidad de la cosa, porque se estimara que Peregrino Belalcázar tenía la facultad de enajenarla completa. Con alguna diligencia se hubiera persuadido Becerra F. de lo contrario. Decía Pothier que la buena fe es 'la justa opinión que tiene el poseedor de haber adquirido el dominio de la cosa.' Con más énfasis la define Troplong como 'la creencia firme e intacta de que uno es propietario.' Y Voet en esta forma impecable: 'Ilesa conciencia del que piensa que la cosa es suya.' Para que el poseedor sea regular debe, fuera de tener un justo título, estar convencido de que ninguna otra persona es dueña de la cosa o de una parte de la cosa que él posee, y estar tranquilo respecto del derecho y de la capacidad y facultad de la persona o personas con quienes ha contratado. Un justo error en materia de hecho no se opone a la buena fe. Pero en el caso del pleito sería injurídico admitir esa convicción, esa tranquilidad y esa justicia, aunque el comprador haya obrado sin dolo, porque cualquier individuo cuidadoso hubiera consultado las hijuelas que se citan en la de compraventa. Por tanto, el actor no perdió una posesión regular que le permitiera acogerse al artículo 951 del Código Civil." (Casación, XLIV, Nos. 1920 y 1921, febrero 17 de 1937)....

Págs.

701, 1º y 2º



CADUCIDAD DE LA INSTANCIA

- 36 -

Se había demandado a la Nación para el pago de una suma de dinero por haber desahuciado al actor en un contrato de arrendamiento de servicios que había celebrado con el Poder Ejecutivo Nacional y el juicio había sido abandonado por algunos años. El Procurador pidió la caducidad de la instancia que declaró la Corte, previas estas consideraciones:

"Por lo general, al demandante sólo le incumbe presentar por escrito su demanda. De allí en adelante toca al Juez impulsar el juicio, pero a aquél no le es dado mirar con indiferencia los pasos de la litis. El debe estar alerta para que no trascurra en silencio el pleito durante un año, pues si nada hace, se supone que ya no tiene interés en litigar; y el poder público, en guarda de la tranquilidad social que los pleitos siempre perturban, debe acudir a

poner fin a esos litigios abandonados. Así como hay sanción por morosidad para los juzgadores, debe haberla para el litigante. ¿Qué clase de escrito es el que exige al demandante el inciso 2º del artículo 354 para librarse de la sanción de caducidad? La comisión revisora que preparó el actual Código Judicial, expresa en su exposición de motivos que la caducidad de la instancia fue reglamentada teniendo como base el artículo 54 de la ley 105 de 1890. Expresaba este artículo que se entendía haber habido abandono cuando la parte actora no hubiera hecho, durante un año, gestión alguna por escrito, propia para la continuación del juicio. Durante su vigencia, dicho artículo 54 fue interpretado de varios modos: unos creían que la gestión por escrito debía hacerse, aunque la ley no lo exigiera; otros opinaban que la gestión debería ser propia para la continuación del juicio, aunque no necesaria; y una tercera opinión requería que el juicio necesitaba una gestión por escrito para su continuación, pero que la sanción de abandono no podía aplicarse cuando la demora provenía de otra causa, como cuando era imputable al Juez. Tribunales hubo que dijeran que para la caducidad no era necesario que el abandono fuera imputable al actor. La Sala de Negocios Generales de la Corte, en fallo de 20 de noviembre de 1922, interpretó dicho artículo así: 'El apelante negó que no era necesario que el demandante presentara escrito ninguno en el tiempo en que estuvo el juicio en suspenso; que una vez ejecutoriado el auto por el cual se citó para sentencia no existe el motivo invocado para declarar caducada la instancia; y que la ley expresa que la caducidad ocurre cuando el actor hubiere abandonado el juicio, no cuando lo abandonare. Respecto al primero y al último argumento, la Sala no los halla fundados, porque la gestión por escrito a que se refiere, no es gestión necesaria para la continuación del juicio, sino propia para ella, lo cual es diferente de lo primero....' En efecto: necesario es lo que hace falta para un fin; propio significa lo que es conveniente o a propósito para un fin. El actual Código Judicial suprimió la frase propia para la continuación del juicio, lo que hace pensar que esta ley, al suprimir la palabra que había originado tantas discusiones, quiso imponer al actor la obligación de hacer en el juicio alguna gestión por escrito, aunque no fuera precisa para impulsarlo. Por eso estatuye el inciso 2º del artículo 364 — ya copiado — que hay abandono cuando el demandante no ha hecho gestión alguna por escrito durante un año. Sabido es que la comisión revisora del proyecto de ley que es el actual Código Judicial, se inspiró para muchas de sus disposiciones en el Código de Procedimiento Civil español. En éste se establece que la parte actora está obligada a instar, es decir, a urgir la pronta continuación del juicio. Dentro de este orden de ideas, y dada la diversidad de doctrinas jurisprudenciales sobre el artículo 54 de la ley 105 de 1890, antecedentes que tuvo en cuenta la susodicha comisión revisora, es muy lógico afirmar que el nuevo Código Judicial impuso al actor la obligación de instar el juicio, sin distinguir entre la petición por escrito necesaria y la meramente conveniente. Por eso, al entrar en vigor dicho Código, la parte actora debió hacer alguna gestión por escrito para ponerse a cubierto de la sanción de la caducidad de la instancia. Habiendo sido aban-

donado el negocio por más de un año, según el informe del Secretario, y habiéndose pedido por la parte demandada la declaratoria de caducidad de la instancia, es el caso de decretarla, como lo dispone el inciso 1º del mencionado artículo 354." (Auto, Sala Civil de Unica Instancia, XLIV, Nº 1916, noviembre 25 de 1938 ..... Págs. 290, 2ª, y 291, 1ª y 2ª

CADUCIDAD DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

- 37 -

Se declaró caducado por el Gobierno un contrato en el cual el contratista se obligó al transporte de correos con determinadas condiciones. Se pidió la resolución del contrato con indemnización de perjuicios por parte del Gobierno. El Procurador alegó la prescripción habiendo presente lo dispuesto por el artículo 3º de la ley 55 de 1908. Dijo la Corte:

"Es evidente que cuando se introdujo la demanda ya habían transcurrido más de seis meses desde la notificación de cada una de las resoluciones. Pero, cabe aquí proponer o alegar la excepción preconstituida? La Corte estima que no, por las siguientes razones: 1ª Porque la disposición transcrita, consignada en una ley especial, contiene un precepto especialísimo, y la cuestión que en ella se contempla no puede ser resuelta por las disposiciones del derecho común, sino por las que están en armonía con la naturaleza peculiar de los actos administrativos, que deben revestir cierta estabilidad, pero no sembrar la incertidumbre en la gestión pública. Por eso, dicha disposición señala términos perentorios para reclamar contra los actos de la Administración, dictados en asuntos entre particulares y el Estado; porque si son dictados en asuntos entre particulares, sí quedan sujetos al derecho común, conforme al parágrafo de ese mismo artículo 3º, que dice: 'Lo dispuesto en este artículo no comprende las resoluciones administrativas dictadas en asuntos entre particulares, los cuales podrán intentar las acciones civiles respectivas, conforme al derecho común.' 2ª Porque la mencionada disposición, que es un precepto de derecho administrativo, consagra un término perentorio para intentar las acciones civiles que emanan de las resoluciones administrativas referentes a contratos celebrados por particulares con el Gobierno, y al fijar ella ese término, establece una presunción de renuncia de las acciones por parte de los interesados que lo han dejado transcurrir sin haberlas promovido; de modo que el demandado no puede alegar la prescripción, sino la expiración del plazo que tal disposición concede al perjudicado para establecer las acciones. Y se dice que no puede aquél alegar la prescripción, porque quien alega ésta, alega hechos que exigen ser demostrados; y en un caso como el que se estudia, no hay nada qué demostrar respecto de la renuncia del actor, porque la ley la presume derivándola del hecho mismo de no haberse promovido la acción dentro de los seis meses de que habla el dicho artículo 3º 3ª Porque el actor no impetró acción alguna directa contra las mencionadas resoluciones, sino que solicita la declaratoria de que el contrato cesó en sus efectos jurídicos, como consecuencia de violaciones de él por parte del Gobierno, y de que las resoluciones administrativas ca-

Pág.

recen de eficacia jurídica y no producen efecto contra el demandante, lo cual no constituye una acción emanada directamente de las resoluciones administrativas, sino que tienen como antecedente básico la ley del contrato. 4ª Porque el mismo demandante, en la interpretación que le dio a la demanda en su memorial de 23 de mayo de 1936 (C. 3ª, fos. 61), dice que en ella pidió la resolución del contrato y no 'la revisión de las resoluciones sobre multas y caducidad.' 5ª Porque el mero factor tiempo no es por sí solo determinante de una prescripción: y porque en el caso de un término judicial, éste caduca por ministerio de la ley, mientras que la prescripción debe alegarse y a veces se suspende o se interrumpe. Los seis meses del artículo 3º de la ley 53 de 1909 no son plazo de prescripción sino término de caducidad." Y sobre la caducidad en los contratos administrativos sentó la siguiente doctrina:

"Si en realidad se trata de una petición de resolución del contrato, hay que considerar lo siguiente: Que el contrato, antes de la demanda, se había declarado caducado por el Gobierno. En principio, la caducidad es la declaratoria que una de las partes hace, en virtud de estipulación, de que el contrato se termina. Administrativamente, es una facultad indelegable del Gobierno, que la hace valer como parte contratante y como entidad de derecho público. Esa declaración cancela el contrato, creando un verdadero estado de derecho. Si la caducidad se mira desde el punto de vista del derecho privado, es algo así como una causa de resolución estipulada expresamente en el contrato; y si desde el punto de vista del Derecho administrativo, ella surte los mismos efectos que la acción judicial de resolución del contrato, pues lo termina. Esto es así, porque en su fisonomía jurídica, la caducidad en los contratos administrativos es equivalente a la condición resolutoria expresa de los civiles comunes: en aquéllos, la caducidad surge de la realización del hecho previsto en el contrato, y en éstos, del cumplimiento de la condición. En ambos sin embargo, conduce al mismo resultado, que es el de romper el vínculo contractual entre las partes, aunque se diferencian en cuanto a la manera como debe declararse la realización del evento que da lugar a la caducidad o que constituye la condición resolutoria. Jurídicamente, la caducidad que declara la Administración deja terminados los derechos del contratista, tanto los personales como los reales, porque ipso facto quedan sin valor los derechos o privilegios que consagre el contrato o la concesión. Siendo esto así, surge un problema: caducado el contrato, puede pedirse la resolución de él, dejando intacta la caducidad? Hay que responder que no, porque si el contrato, por la declaración de una de las partes, se ha caducado, no puede pedirse por la otra su resolución, pues sería suponer existente lo que no existe. La resolución sólo puede pedirse para los contratos que tengan existencia, ya que de otro modo no habría materia judicial sobre qué recaer, pues se resuelven los contratos que están produciendo sus efectos, pero nunca los que han expirado por cualquier causa legal. Lo anterior no sería óbice para la procedencia de una acción de perjuicios. En efecto, la Sala de Casación Civil, en fallo de 6 de noviembre de 1935, dijo lo siguiente: 'Solamente cuando se trata de contratos cuya ejecución continúa siendo jurídicamente posible o

Págs.

que son susceptibles de resolución, es cuando al 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 accesorio, porque la obligación de indemnizar perjuicios no proviene del contrato mismo, sino de una inejecución consumada o de un rehusamiento a cumplir la prestación, que equivalga a su inejecución.....

Más adelante dice la Corte, sobre este punto: "Es evidente que el contrato administrativo, como todo contrato, envuelve una norma convencional, por lo que, en este carácter, debe mantenerse rígido e inflexible, con excepción de las interpretaciones que, con cierta amplitud, le den las partes. Si no fuera así, se presentaría un desequilibrio que alteraría la equidad que debe existir entre éstas, y se rompería la norma convencional por el arbitrio de una sola de ellas; de modo que la ley del contrato dejaría de serlo, y su estabilidad, que es norma indiscutible de él, se haría transitoria por el querer de uno de los contratantes; también la garantía, que es regla rígida de la convención, desaparecería. Por tanto, no por ser el Estado parte contratante dejan sus pactos de crear derechos perfectos para la otra parte y de crear obligaciones recíprocas que deben regirse por los principios generales de la contratación. Mas, sin embargo, la Administración tiene facultades discrecionales, que emanan naturalmente de la inspección y acción tutelar que ejerce para el mejor gobierno y defensa de los intereses que le están confiados, sin que puedan considerarse contrarias al principio de igualdad en el cumplimiento de las obligaciones contraídas. Merced a esas facultades, la Administración puede declarar caducados los contratos administrativos por su propia conveniencia; y ellas, como condiciones conocidas por el contratista o concesionario al tiempo de celebrar el contrato, y aceptadas por él, crean un derecho a favor de la Administración, por lo que al ejercitarlo no infringe ésta lo estipulado. Es claro que la facultad de declarar caducados los contratos —lo que emana siempre de una conveniencia lógica de la supremacía del interés público sobre el particular— está sujeta a normas, porque las causales de caducidad deben ser únicamente las fijadas en el contrato, sin que puedan aplicarse otras por analogía, no siendo atendibles sino las que estén determinadas en la ley y las que se hayan pactado en el contrato, y que por la naturaleza de éste y por la conveniencia de asegurar la correcta prestación del servicio público se consideren como esenciales, porque estén vinculadas al interés general, y cuya violación debe ser considerada como un motivo de caducidad, a menos de comprobarse por el contratista fuerza mayor o caso fortuito que hubiera operado como fenómeno inevitable." (Sentencia, Sala Civil de Unica Instancia, XLIV, Nos. 1920 y 1921, diciembre 9 de 1936).

Págs.

792, 2ª, 793, 1ª y 2ª, 796 2ª, 797, 1ª

CAMBIO DE RADICACION DE UN SUMARIO

- 38 -

"....La Corte, al conceptuar sobre cambios de radicación, se ha

Pág. Pág.

inspirado en el alto propósito de conseguir simultáneamente dos objetivos: la intangibilidad del buen nombre del Poder Judicial, a la vez que la remoción de cualquier motivo alegado como perturbador de la serena marcha de un proceso, aun cuando tal motivo sólo resulte fundado subjetivamente. La Corte estima que ésta no es atribución en la cual ella obre como entidad falladora, sino que se trata de una delicada misión que el legislador le ha confiado, para ilustrar el criterio del Gobierno acerca de una medida cuya finalidad se endereza a regular, en circunstancias especiales, el mejor funcionamiento de los órganos judiciales del Estado. En estas condiciones, no se requiere que los comprobantes de que habla la ley y en los cuales debe basar la Corte su concepto, tengan el carácter de prueba plena y perfecta para demostrar hechos que además, por la naturaleza de las cosas, resultarían en muchas ocasiones imposibles de probar. Basta con que de aquellos comprobantes se capte una impresión de conjunto, ora sobre las actuaciones de los jueces, ya sobre irregularidades en el procedimiento, o acerca del ambiente judicial o público, para que la Corte pueda aconsejar el traslado de un proceso ante otros jueces, respecto de quienes no tengan aprensión alguna los interesados." (Acuerdo, Sala de Casación en lo Criminal, XLIV, Nos. 1918 y 1919, 16 de noviembre de 1936).. 557, 2ª

CASACION

- 39 -

"...La Corte no puede, en casación, variar la apreciación de la acción que hizo el fallador, mientras esta apreciación no sea atacada en debida forma por el recurrente." (Casación, XLIV, Nos. 1918 y 1919, agosto 25 de 1936)..... 426, 2ª

CASACION

- 40 -

En un juicio sobre indemnización de perjuicios por la terminación de un contrato de arrendamiento de servicios profesionales, acusaba el actor la sentencia recurrida por el hecho de no haber citado un solo precepto de nuestro derecho positivo.

".....El hecho de no citarse en una sentencia disposiciones de la ley, puede ser irregular, defectuoso, hasta insólito, como lo dice el recurrente, pero por sí solo no es causal de casación, pues la ausencia de la cita no implica violación de la ley, si las normas legales de derecho han sido tenidas en cuenta por el fallador, aunque no se haya puesto de presente su relación con determinado precepto legislativo." (Casación, XLIV, Nos. 1918 y 1919, octubre 23 de 1936) (1)..... 452, 2ª

CASACION

- 41 -

Siendo absolutoria la sentencia recurrida, mal puede decirse que se haya abstenido el juzgador de fallar algo de lo controvertido o excedídose por fallar extra o ultra petita; o que quepan siquiera en ella declara-

(1) La Corte, por lo demás, demuestra que el Tribunal sí citó un artículo del Código Civil.

Pág.

ciones contradictorias. (Casación, XLIV, Nos. 1918 y 1919, octubre 3 de 1936) (1) 445, 1ª

CASACION

- 42 -

"....La Corte tiene establecido que su labor o misión preceptuada por el art. 519 del C. J. queda cumplida estableciendo la doctrina del caso en la parte motiva del fallo, sin necesidad para ello de casar la del Tribunal, cuando al casarlo habría de llegar a la misma parte resolutiva a que llegó éste." (Casación, XLIV, Nos. 1918 y 1919, septiembre 19 de 1936) 436, 2ª

CASACION EN MATERIA CRIMINAL

- 43 -

Cuando se invalida la sentencia recurrida por la causal 3ª, la Corte absuelve al procesado o remite el proceso a la autoridad competente para que ésta conozca si a juicio de la Corte es otro el delito cometido. Y cuando, casado el fallo, la Corte no absuelve al procesado, sino que se limita a decretar la práctica de una prueba, una vez practicada ésta lo procedente es devolver el proceso al Tribunal de su origen para la sentencia correspondiente que debe dictar de nuevo el Tribunal de instancia. (Sentencia, Sala de Casación en lo Criminal, XLIV, Nos. 1918 y 1919, marzo 10 de 1937)..... 560, 2ª

Pág.

CASACION EN MATERIA CRIMINAL

- 44 -

La casación no se entiende interpuesta sino en lo desfavorable al recurrente. (1) (Casación, XLIV, Nos. 1920 y 1921, abril 9 de 1937)..... 745, 2ª

CAUSAL DE CASACION EN LO CRIMINAL

- 45 -

"La ley 118 de 1931, en su artículo 6º prescribe que la causal o causales invocadas deben sustentarse." (Auto, Sala de Casación en lo Criminal, XLIV, Nos. 1914 y 1915, septiembre 28 de 1936)..... 180, 2ª

CAUSAL QUINTA DE CASACION EN LO CRIMINAL

- 46 -

"Para que prospere la causal 5ª es condición indispensable la de que la injusticia notoria haya sido debatida previamente en las instancias." (Casación, XLIV, Nº 1916, septiembre 26 de 1936)..... 223, 2ª

CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES

- 47 -

"...La fuga, o su intento, si apareja consecuencias penales que le

(1) Es doctrina uniforme y constante de la Corte, como puede verse de las doctrinas de casación expuestas en los números 1912 y 1913, JURISPRUDENCIA DE LA CORTE, tomo 1º, 254, 1134, 1169, 1172, 1185, 1199, tomo 2º, y 1955, tomo 3º.

(1) Concordancia: cita la Corte la sentencia de fecha 27 de marzo de 1936, publicada en los números 1905 y 1906 de la GACETA JUDICIAL.

Págs.

son inherentes como hecho específico, no puede aducirse además en calidad de agravante por mala conducta." (Casación, XLIV, Nos. 1918 y 1919, febrero 17 de 1937)..... 552, 1ª

CLAUSULAS DE ADHESION ESCRITAS AL RESPALDO DE LOS TITULOS DE DEPOSITO BANCARIO

- 48 -

"Las cláusulas de adhesión en los contratos de depósito miran particularmente al interés del Banco depositario que no quiere exponerse a hacer un pago indebido. Miran también al interés del depositante, como en los casos de extravío de los títulos o de falsificación de su firma o de suplantación de su persona... Indudablemente los Bancos buscando su seguridad y para precaverse de todo peligro, quieren con esas cláusulas establecer la identidad del cedente depositante, y obtener en oportunidad la cancelación de los títulos por quien sea el dueño o sucesor en el dominio de ellos, y establecida la identidad, por cualquier medio adecuado, el Banco llena su finalidad, que cree conseguir en las notas sobre formalidades del traspaso o cesión de los depósitos. Los Bancos quieren con esas cláusulas quitarles a esos títulos de depósito, el carácter de instrumentos negociables, pero en ningún caso impedir ni menos prohibir, porque no podrían hacerlo legalmente, que esos depósitos sean cedidos y que de ellos puedan disponer sus dueños como a bien lo tengan." (Casación, XLIV, Nos. 1918 y 1919, noviembre 28 de 1936) ..... 498, 1ª, y 501, 1ª

Págs.

CLAUSULA ORO

- 49 -

Véase: Moneda en que debe hacerse el pago. (Sentencia de instancia de la Sala de Casación Civil, XLIV, Nos. 1920 y 1921, abril 28 de 1937) .....

CLAUSULAS SOBRE EXONERACION DE RESPONSABILIDAD, ESPECIALMENTE EN CUANTO AL PAGO DE CHEQUES FALSOS GIRADOS EN LA CHEQUERA REGISTRADA DEL TENEDOR

- 50 -

(Véase la doctrina titulada Cheques falsos. Casación del 9 de diciembre de 1936, G. J., XLIV, Nos. 1918 y 1919, págs. 409 y sigtes).

COMERCIANTE

- 51 -

Un dependiente de comercio demandó a una sociedad comercial para el pago de unas sumas de dinero y ofreció estar y pasar por lo que apareciese de los libros de la sociedad demandada. Como ésta fuese condenada al pago, en casación alegaba que al reconocerle el fallador, al juramento deferido por el actor, fuerza de plena prueba por la no exhibición de los libros de la sociedad, había violado especialmente los artículos 9, 10, 20, 46 y 435 del Código de Comercio, por haberle dado al demandante el carácter de comerciante sin serlo.

"....Es claro que los dependientes de comercio no son comerciantes porque si bien es cierto que ellos realizan habitualmente actos de comercio, no lo hacen por su cuenta y

riesgo, sino por cuenta y riesgo de su comitente que es el que tiene carácter de comerciante. 'Estos actos (los actos de comercio), hay que hacerlos en nombre propio (para tener el carácter de comerciante) —dicen Lacour y Bouteron, tomo 1º, número 75—. El que hace actos de comercio en nombre de otro, sin comprometer su responsabilidad, no es comerciante. Tales son: los factores y dependientes de comercio, simples instrumentos del comercio de sus patrones; los capitanes de navío y los directores o administradores de sociedades anónimas, que obran, los unos en nombre de los armadores, y los otros, en nombre de las sociedades que representan. Muy distinta es la situación de los comisionistas, que celebran contratos comerciales por cuenta de otro, pero obligándose personalmente; esto basta para que se llene la condición requerida.' En el mismo sentido dicen Lyon Caen et Renault (5ª edición, tomo I, número 204), 'a la inversa, hay individuos que pueden hacer actos de comercio muy numerosos y muy importantes sin ser comerciantes: así, los factores, los empleados a cualquier título de un comerciante hacen muy habitualmente actos de comercio, pero no los hacen en su nombre, sino en nombre y por cuenta de su patrón que es el que se obliga exclusivamente y que es por lo tanto exclusivamente el comerciante, aun cuando personalmente él no haga ningún acto comercial; los hechos de sus mandatarios son los suyos.' Nuestro Código, como el francés, establece que son comerciantes los que se ocupan ordinaria y profesionalmente en alguna o algunas de las operaciones que corresponden a esa industria, es decir, los que ejercen actos de comercio y hacen de ellos su profesión habitual, pero es bien entendido que dentro de esa definición no caben los dependientes de comercio, como no caben dentro de la definición del Código francés, según el sentir unánime de los comentadores. Es, pues, incuestionable que, desde este punto de vista, es injurídica la afirmación del Tribunal de que el demandante Rivera es comerciante, pero esta inexactitud del Tribunal no puede ni con mucho determinar la casación de la sentencia, porque ella, en último análisis, ninguna incidencia vino a tener sobre la parte resolutiva del fallo, ya que el Tribunal adujo tal consideración como fundamento de la aplicabilidad del artículo 46, y según se verá en seguida tal aplicabilidad se justifica independientemente de la calidad de comerciante o no comerciante de Rivera, como quiera que, según se demostrará adelante, el único requisito que se requiere, desde el punto de vista que se estudia, para que tenga cabida el expresado texto, es el de que tenga la calidad de comerciante aquél contra quien se ordena la exhibición de los libros." (Casación, XLIV, Nos. 1914 y 1915, julio 31 de 1936) .....

34, 53

COMPETENCIA DE LA SALA CIVIL DE UNICA INSTANCIA PARA CONOCER DE LAS DEMANDAS INICIADAS POR PERSONAS DISTINTAS DE LAS QUE CONTRATARON CON LA NACION

- 52 -

La esposa de quien había hipotecado una finca raiz a favor de la Nación demandó ante la Sala Civil de Unica Instancia la nulidad de la hipoteca.

"....La calidad de las partes es propiamente el elemento determinante de la competencia en la Sala Civil

Págs.

para conocer de los asuntos que le atribuye el artículo 40 del C. J. Y según la disposición, una de las partes ha de ser la Nación y la otra 'cualquier entidad o persona' que haya celebrado o celebre contratos con ella. Siendo siempre la Nación una de las partes en las controversias a que se refiere el artículo, resulta claro que el interés de la Nación ha sido factor determinante del establecimiento de la competencia en estos negocios por la Sala Civil de Unica Instancia; no así el interés de la entidad o persona contratante con aquélla, que varía en cada caso. La calidad de la parte llamada Nación fija, pues, la competencia de la Corte. Y esta consideración despeja las dudas que puedan ocurrir acerca de si hay competencia en la Sala Civil de Unica Instancia para conocer de demandas iniciadas por personas distintas de aquellas que contrataron con la Nación. Como el elemento asencial para fijar la competencia en estos casos es el del interés de la Nación, cuando quiera que éste se afecta o puede afectarse por razón de una demanda en que se controvierta sobre un contrato celebrado con ella, la competencia de la Sala para conocer del asunto es indiscutible, aun cuando la demanda sea promovida por persona distinta del contratante particular." (Sentencia, Sala Civil de Unica Instancia, XLIV, Nos. 1918 y 1919, octubre 24 de 1936) (1)..... 588, 1ª

(1) La Corte halló, sin embargo, probada la excepción de un modo indebido por cuanto, habiéndose pedido la declaración de nulidad de una hipoteca, debió seguirse el juicio con intervención de quien constituyó el gravamen hipotecario.

Págs.

COMPLICE Y NO COAUTOR

- 53 -

Preguntado el Jurado respectivo si Ismael Pineda era responsable de la muerte violenta de M. M., respondió: "Sí, por haber cooperado con las heridas a precipitar la muerte de Carrillo." El Tribunal, considerando que era autor del homicidio y no simple cómplice de quien causó la muerte, le condenó a nueve años de presidio. Se alegó la cuarta causal de casación por desacuerdo de la sentencia con el veredicto.

"Todo el problema gira alrededor de la interpretación que se dé al veredicto del Jurado, o lo que es lo mismo, cuál es el alcance de la siguiente declaración: 'Sí, por haber cooperado con las heridas a precipitar la muerte de....' A este respecto dijo el juez a quo en su sentencia: 'Si la pregunta del Juzgado hubiera sido contestada afirmativamente y sin modificaciones, Pineda sería coautor del homicidio, por cuanto habría dicho el Jurado que él había atacado y herido a Carrillo voluntariamente y en concurso recíproco con otros que también hirieron, siendo todas esas heridas la causa de la muerte. Pero el Jurado, aunque admitió la responsabilidad del acusado Pineda, modificó su situación jurídica totalmente, por cuanto dijo dos cosas de mucha importancia en la apreciación final: que Pineda había cooperado en el delito, sin producirlo él mismo; y que esa cooperación fue accesoria, por cuanto apenas sirvió para 'precipitar la muerte de Carrillo' y no para producirla directamente. Quiere decir esto que Ismael Pineda no es autor de la muerte de Carrillo sino cómplice del delito, porque es cómplice el que coopera voluntariamente

Págs.

en el delito de otro...' Muy acertados hallo la Corte estos conceptos del Juzgado de primera instancia, porque de la respuesta del Jurado se destaca palmariamente que la idea de los jueces de hecho fue la de establecer una diferencia entre la posible responsabilidad de Pastor Arenales y la que debe asignársele a Ismael Pineda; ya en cuanto a la objetividad de la acción de éste, dada la naturaleza de las heridas que infirió, era por la intención criminosa, que no fue la de causar, sino apenas la de precipitar la muerte de Carrillo, en sentir del Jurado. No se puede tampoco perder de vista que según los elementos del proceso, la persona inicial del homicidio ocurrió entre Arenales y Carrillo, y que Pineda sólo intervino después. Por consiguiente, la participación de Pineda aparece como secundaria, en el tiempo, en la voluntad y en la forma de obrar. Prospera, pues, la causal 4ª de casación, y a Ismael Pineda debe condenársele como cómplice de homicidio simplemente voluntario en la persona de Víctor Genón Carrillo, con observancia de los artículos 27 (inciso 1º) y 600 del Código Penal." (Casación, XLIV, Nº 1917, diciembre 1º de 1936)..... 351, 2ª

COMUNERO

- 54 -

El arrendatario había demandado al arrendador de un local sobre pago de mejoras hechas por él en la finca arrendada, y el arrendador pretendía librarse de la obligación de pagarlas diciendo que el local era de la sucesión de su madre, a quien debió demandarse. El arrendatario obtuvo la casación del fallo que absolvió al demandado arrendador.

Págs.

"El art. 2325 del C. C. reviste de fuerza vinculante para el comunero a las obligaciones contraídas por él en pro de la comunidad." (Casación, XLIV, Nos. 1914 y 1915, julio 9 de 1936) 89, 2ª

CONCURSO PROBATORIO

- 55 -

Véase: Pruebas. Casación de 9 de julio de 1936, páginas 79 y siguientes, XLIV, Nos. 1914 y 1915, Gaceta Judicial.

CONDENA DE UN MENOR DE EDAD A LA PRIVACION DE LOS DERECHOS POLITICOS

- 56 -

Véase: Privación o suspensión de los derechos políticos a un menor de veintiún años. (Casación del 3 de noviembre de 1936, XLIV, Nº 1915, G. J.).

- 57 -

CONDENACION OFICIOSA POR PERJUICIOS EN MATERIA CRIMINAL

La condenación oficiosa al pago de perjuicios en materia criminal, por irregular que sea, no constituye motivo de casación. (Casación, XLIV, Nos. 1918 y 1919, Sala de Casación en lo Criminal, noviembre 19 de 1936) (1)..... 549, 2ª y 550, 1ª

(1) Concordancia: véase la sentencia de casación del 21 de agosto de 1936.

Págs.

CONDICION RESOLUTORIA TACITA

- 58 -

"De acuerdo con nuestro derecho civil, la facultad de resolver un contrato debe ser legal o convencional. El derecho legal de resolución lo regula en términos generales, esto es, para todos los contratos bilaterales, el artículo 1546 del C. C., lo cual no obsta para que el legislador haya reproducido el mismo principio al reglamentar determinados contratos; v. gr., en el de compraventa, por medio del art. 1930, e inciso final del 1909, en donde, como puede observarse, también en otros artículos se usó impropiamente el vocablo rescisión. Doctrinariamente se explica la condición resolutoria tácita, o sea la legal, como interpretación de la voluntad de las partes, a consecuencia de lo cual ella no es de orden público. El legislador ha considerado que cada uno de los contratantes subordina sus propias obligaciones a las prestaciones que del otro tiene derecho a exigir, por cuyo motivo, para el caso de incumplimiento de lo pactado por una de las partes, creó en favor de la otra el derecho de resolver. Se entiende, por lo tanto, establecida una estrecha dependencia entre los dos haces de obligaciones que surgen de un negocio jurídico voluntario y bilateral. Con ocasión de esta doctrina, se advierte que algunos expositores fundamentan la razón de ser del citado art. 1546 en la teoría de la causa. Pero también el derecho de resolver un contrato puede fundarse, como ya se dijo, en la voluntad expresa de los contratantes. En este caso se eleva a la categoría de causa de la obligación que contrajo una de las partes, aquella cuyo incumplimiento, según lo pactado expresamente, acarrearía la resolución. La reserva expresa del derecho de resolución se conoce en la doctrina del derecho civil con dos nombres que corresponden a categorías jurídicas distintas: lex commisoria o pacto comisorio, y cláusula de caducidad." (Casación, XLIV, números 1914 y 1915, junio 19 de 1936) (1) 63, 1º

CONDICIONES SUSPENSIVA Y RESOLUTORIA

- 59 -

"Es rigurosamente cierta la observación hecha por los romanos respecto de que no existen dos clases de condiciones, suspensivas y resolutorias, sino que la diferencia reside en la naturaleza de lo condicionado. Con la condición suspensiva se regula el nacimiento de la obligación, esto es, la entrada en vigor del efecto jurídico. Con la resolutoria, se regula la extinción del derecho adquirido, o lo que es lo mismo, la cesación del efecto jurídico." (Casación, XLIV, Nos. 1920 y 1921, abril 9 de 1937) 726, 2º

CONFESION

- 60 -

En un juicio sobre resolución de un contrato de compraventa confesaron los demandados en posiciones que no habían pagado el precio ni antes de otorgarse la escritura de venta ni en el momento de firmarla, pero que habían pagado después en la forma convenida con la actora, o sea, en diversas entregas de dinero

(1) El resto de la doctrina, referente al pacto comisorio, está relatado en el punto titulado PACTO COMISORIO, al cual remitimos al lector.

Págs. Págs.

y en habitación, alimentos y vestido para la actora y una sirvienta. Como el Tribunal sentenciador declarase la resolución del contrato, la Corte halló demostrado el cargo de error de derecho en la apreciación de la prueba de confesión que hicieron los demandados recurrentes, y dijo:

"La Corte encuentra fundado el último de los cargos a que se ha hecho alusión, por las siguientes razones: ....3ª Porque la confesión de los demandados —una sola en realidad, aunque repetida en diversas ocasiones, y en la última de manera incompleta— es indivisible, ya que no consiste en la admisión de un hecho con la adición de otros hechos diversos y heterogéneos, sin relación con el primero (confesión compuesta) sino en el reconocimiento de la existencia originaria de un hecho, fuente de la obligación, pero añadiendo que ésta se extinguió luégo por pago (confesión compleja indivisible), pues en realidad la referida confesión se redujo a admitir que el precio se quedó debiendo en el momento del otorgamiento de la escritura pero que se pagó luégo en la forma convenida, lo que vale tanto como decir que la declaración accesoria recayó sobre un hecho considerado generalmente por la doctrina como modelo y prototipo de los hechos conexos característicos del contenido de la confesión compleja indivisible. (Véanse Lessona, Nº 615; Planiol et Ripert, tomo VII, 1570)." (Casación, XLIV, Nos. 1920 y 1921, noviembre 30 de 1936)..... 651, 1º

CONFESION

- 61 -

La confesión, en juicio o fuera de juicio, es la manifestación que una parte hace de ser cierto el hecho que le perjudica, afirmado por la otra, como define el artículo 604 del código citado, acorde en líneas generales con lo que sobre este medio de prueba exponen los doctrinantes. Confiesa una parte cuando da testimonio contra sí de la verdad de un hecho o de un acto jurídico expuesto por la otra parte como fundamento de su demanda o de su excepción. (Casación, XLIV, Nos. 1920 y 1921, abril 22 de 1937)..... 730, 2º

CONFESION

- 62 -

Luis Felipe Campo había demandado a Jorge Vivas Lasso para que se le condenara a restituir un solar de propiedad de aquél, cuya tenencia estaba por el demandado como arrendatario del actor. El demandado, a su vez, demandó a Campo para el pago de las mejoras que había hecho en él. Condenó el Tribunal sentenciador a la restitución demandada y al actor al pago de mejoras. En casación que intentó Campo acusó la sentencia por violación de los artículos 609 del Código Judicial y 1994 del Civil. Dijo la Corte:

"Vistos los artículos 609 del C. J. y 1994 del C. C., aparece manifiesto el error de hecho en que incurrió el Tribunal, porque no se encuentra en el cuadro de posiciones que absolvió Vivas Lasso ninguna modificación, aclaración o explicación concerniente a los tres hechos principales que configuran ese contrato de arrendamiento: precio, cosa y término. Una de las preguntas formuladas por el demandante tiende a establecer que éste no se obligó a pagar al demandado el valor de las mejoras. Esta pregunta fue absuelta negativamente. El principio de la

Págs.

indivisibilidad de la confesión consagrada por el primero de los artículos citados, consiste en prohibir que se descompongan las respuestas del confesante para atribuir eficacia sólo a las que le perjudican. Para que haya confesión se requiere que el hecho afirmado por la otra parte perjudique a quien lo reconoce. No es confesión de Vivas Lasso el negar que Campo no se obligó a pagar las mejoras." (Casación, XLIV, números 1918 y 1919, noviembre 19 de 1936) 478, 2ª, y 479, 1ª

CONFESION

- 63 -

La heredera de Samuel Lazo T., en demanda de nulidad por simulación del contrato de venta entre éste y su hermano Joaquín Lazo T., pretendía y así lo había declarado el Tribunal sentenciador, que la declaración de Samuel ante testigos sobre el carácter de ficticia de la enajenación, constituía una confesión extrajudicial.

"No lo cree así la Corte. La confesión, judicial o extrajudicial, es la manifestación que una parte hace de ser cierto el hecho que le perjudica afirmado por la otra, según define el artículo 604 del Código Judicial, siguiendo en líneas generales lo que sobre este medio de prueba exponen los doctrinantes. Se dice que una parte confiesa cuando da testimonio contra sí de la verdad de un hecho jurídico que la otra parte alega como fundamento de su demanda o de su excepción. De estos principios se infiere que la confesión debe provenir de una parte y de una parte a quien su dicho perjudique. Ahora bien, Samuel Lazo T. no es parte contraria a la actora. El litigio se ha trabado entre Joaquín y Mercedes, heredera de Samuel. El dicho de ésta, suponiéndolo probado, le sería favorable y no constituiría una confesión extrajudicial. Como las declaraciones sobre palabras no forman jamás pruebas sobre los hechos, pero sí sobre las palabras, las atribuidas a Samuel serían indicios si a un mismo tiempo las hubieran escuchado los testigos. Pero como Falla y Cabal se refieren a dos momentos distintos, el testimonio de cada uno apenas forma una presunción, de acuerdo con el artículo 696 del Código Judicial. Y con estas dos presunciones no se puede establecer el hecho constitutivo del indicio, porque ese hecho debería estar plenamente probado, según lo manda el artículo 666 del código varias veces citado." (Casación, XLIV, Nos. 1914 y 1915, octubre 24 de 1936) (1).. 170, 1º

CONSERVACION DE MINAS

- 64 -

Lo que la ley erige en medio de conservar una mina no son pagos cualesquiera más o menos caprichosos, más o menos continuos, sino precisa y exclusivamente los pagos hechos por mina previamente titulada. Así se halla claramente, no sólo en el espíritu del Código de Minas, sino en el texto mismo de sus disposiciones pertinentes, entre las cuales cabe citar los artículos 341, 145 y siguientes, en todos los cuales al hablar del impuesto se hace mención precisa del título o de la calidad de titulada en la mina a que aquél corresponde. (Casación, XLIV, Nos. 1914 y 1915, abril 30 de 1936) 44, 2ª

(1) La doctrina sobre simulación que contiene el fallo, está relatada en el punto titulado SIMULACION DE CONTRATOS.

Págs.

CONSULTA DE SENTENCIA

- 65 -

La Sindicatura del impuesto de herencias, asignaciones y donaciones de Bogotá consultó la sentencia que ordenó llevar adelante la ejecución, mediante el remate de los bienes embargados, contra el Municipio de Bogotá.

"Conforme al artículo 508 del C. J., 'las sentencias que declaren alguna obligación a cargo del Estado, los Departamentos o los Municipios en primera instancia, deben ser consultadas con el superior.' La sentencia dictada por el Síndico del impuesto de sucesiones no declara ninguna obligación a cargo del Municipio de Bogotá y por tanto, no es consultable conforme a la disposición transcrita. Es verdad que el juicio ejecutivo se adelanta contra la entidad nombrada; pero la obligación del Municipio surge de otros documentos y la sentencia de pregón y remate no hace otra cosa que llenar una formalidad de la actuación para que se lleve a cabo el remate de los bienes embargados por estar concluídas las ritualidades señaladas por la ley. Por consiguiente, la Corte no tiene jurisdicción para entrar a conocer de este negocio." (Auto, Sala de Negocios Generales, XLIV, Nº 1917, octubre 8 de 1936) ..... 371, 1º y 2º

CONSULTA DE SENTENCIA

- 66 -

El artículo 508 del C. J. establece la consulta para las sentencias que declaren alguna obligación a cargo del Estado, de los Departamentos y los Municipios. La Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia conoce en segunda instancia de los negocios civiles de que conocen en primera los Tribunales Superiores de distrito judicial, conforme al artículo 37 del texto citado. Con arreglo a estas disposiciones, para que esta Sala pueda conocer por consulta de un asunto en que tenga interés la Nación, es necesario que el fallo de primera instancia declare alguna obligación a su cargo. En el asunto que se estudia, la sentencia no declara obligación alguna a cargo de la Nación, y por tanto, tal providencia no es susceptible de consulta. En ella se aprueba una diligencia de deslinde de un predio de propiedad particular con baldíos de la Nación, en atención a que las partes interesadas por medio de sus representantes legales manifestaron su conformidad con la diligencia. El fallo fue notificado personalmente y las partes lo consintieron. Con él se terminó el juicio especial por el representante de la Nación para deslindar la hacienda 'Calima' de los baldíos nacionales. No se desprende de tal providencia obligación alguna a cargo del Estado, y por el contrario, en virtud de ella quedan definidos los linderos de los inmuebles, que era lo que perseguía la acción intentada." (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLIV, Nos. 1920 y 1921, febrero 11 de 1937) (1) 385, 2º

(1) Concordancias: cita la Corte las sentencias de fechas 3 de mayo de 1933, publicada en el Nº 1893 de la GACETA JUDICIAL, y la de 22 de agosto de 1935, publicada en el Nº 1900.

CONTRATISTA DE CORREOS

- 67 -

Un contratista de correos pretendía no ser responsable de la pérdida de unos dineros por haberse verificado ella después de vencido el término de su contrato de conducción de correos, aunque el viaje se hubiera iniciado dentro de la época del contrato. Demandada la nulidad de las resoluciones del Ministerio de Correos y Telégrafos, dijo la Sala Civil de Unica Instancia de la Corte:

"La cláusula 14 del contrato dice que la duración de éste será por el término de seis meses, a contar del día 1º de abril de 1934. De manera que conforme a esta estipulación el contrato debía terminar el último día de septiembre del año mencionado. Pero la letra B) del artículo 1º del contrato dice así, refiriéndose a las obligaciones del contratista: 'A prestar los viajes redondos aquí determinados, siendo de su cargo el suministro y organización de las escoltas necesarias para la custodia de todos los correos a su cargo.' Para el estudio de este negocio, es preciso determinar lo que se entiende por viaje redondo. Sobre este particular, la Sala acoge la opinión del señor Procurador, contenida en los siguientes conceptos: 'En la práctica postal universal, en los contratos de correos existentes y en los decretos y reglamentos respectivos, se encuentran infinidad de disposiciones que fijan claramente el alcance de esa expresión postal técnica: viaje redondo es un viaje de ida y regreso que debe prestarse en tal forma que el conductor o mensajero que recibe un correo en determinada oficina realice el recorrido hasta la estafeta destinataria para regresar al lugar de partida con el mismo pasaporte inicial. Ejemplo: un viaje redondo de la línea Bogotá-Chipaque-Cáqueza-Villavicencio, significa que el mensajero de correos debe salir de Bogotá hacia Villavicencio y regresar a Bogotá, tocando en las mismas estafetas en donde tocó en el viaje de ida.' El artículo 201 del Decreto 671 de 20 de abril de 1927, sobre correspondencia postal ordinaria, dice que los pasaportes sirven como comprobante de la ejecución exacta del servicio de conducción de correos por los contratistas, y agrega: 'Concluido el viaje redondo, los pasaportes deben devolverse por los conductores al jefe de la oficina postal que los haya expedido, para que éste verifique cuidadosamente si todo se ha cumplido satisfactoriamente'... La obligación del contratista nació dentro del término del contrato, pues el viaje redondo empezó en Bogotá el 25 de septiembre de 1934. Es obvio que el plazo debe entenderse por el tiempo necesario para el cumplimiento de las obligaciones emanadas del contrato, sin que pueda aceptarse la tesis de que éste terminó el día preciso en que se cumplieron los seis meses de que habla la cláusula 14, porque ya se ha visto que hay otra estipulación que establece que los viajes serán redondos, es decir, de ida y regreso."

(Sentencia, Sala Civil de Unica Instancia, XLIV, Nº 1916, octubre 27 de 1936) ..... Págs. 288, 2ª, y 289, 1ª

CONTRATO

- 68 -

El contratista con un Departamento le demandó para que se le obligara a pagar perjuicios por su inejecución. El contrato no fue sometido a la aprobación del Tribunal

Pág.

de lo Contencioso Administrativo correspondiente. Dijo la Corte:

"Cuando un contrato está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, es solemne, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil (artículo 1500 del C. C.). El contrato celebrado por el señor Gutiérrez con el Departamento de Caldas, estaba sujeto como ya se ha visto a la formalidad especial de la revisión del Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Medellín, y como esta formalidad no se cumplió, tal contrato no tuvo existencia jurídica ni de él se pueden derivar acciones civiles." (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLIV, números 1920 y 1921, diciembre 11 de 1936) 756, 2ª

CONTRATO ADMINISTRATIVO

- 69 -

En un juicio sobre pago de perjuicios intentado por un contratista de correos contra la Nación, decía el actor que el hecho del no suministro de escoltas por el Gobierno para la conducción de correos había sido una infracción del contrato por parte de éste.

"No puede perderse de vista que se trata de un contrato administrativo y no de uno civil, y que, por tanto, lo que se previene y dispone en uno de esta clase no puede siempre predicarse de aquél, porque en el contrato civil, todo su espíritu radica en la libertad de las partes contratantes, mientras que en el administrativo su espíritu se encuentra consignado en el servicio público. Por esto, en lo civil, querer, de común acuerdo, es poder, en tanto que en el administrativo no se goza de la propia libertad. De aquí que, aunque la Administración no puede modificar los contratos que celebre sino cuando la modificación está autorizada por la ley, o cuando se acuerde con las mismas formalidades y garantías a que se ajustó para la celebración de ellos, no puede negársele en absoluto, y sin grave riesgo, la facultad de interpretar el contrato de acuerdo con las necesidades públicas. Estas interpretaciones no entrañan en manera alguna mutación sustancial cuando se reducen a meros accidentes que puedan dejar de existir sin que por ello se haga imposible la continuación del contrato en los términos estipulados. Tal interpretación, realizada por actos de ejecución, al tenor del inciso 3º del artículo 1622 del Código Civil, consistía en que cuando por el Gobierno no se pudieran suministrar las escoltas para el transporte de los correos de encomiendas, no se portaran éstos, sino únicamente los de correspondencia particular, sin que tal cosa novara al contrato, ni menos obligara a la Administración a pagar indemnización al contratista, porque éste, no solamente no se perjudicaba, sino que, al contrario, quedaba favorecido, ya que tenía derecho a cobrar el precio estipulado con disminución de trabajo y de costos." (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLIV, Nos. 1920 y 1921, diciembre 9 de 1936) ... 795, 1º y 2º

Pág.

CONTRATOS DE ADHESION EN LOS SEGUROS

- 70 -

Una compañía de seguros de incendio se obligó a pagar, en caso de incendio, hasta la cantidad de treinta mil pesos, si el edificio asegurado se incendiaba dentro de cierto tiempo. En el contrato o dorso de la pó-

Pág. Pág.

liza se estipuló que la compañía aseguradora, en vez de pagar el monto de la indemnización, podría reponer o sustituir la propiedad dañada, pero que no se comprometía a reponer exacta o completamente, sino conforme lo permitieran las circunstancias, y otras estipulaciones a este tenor. Pagada parte de la indemnización, se demandó a la compañía por el resto hasta completar la cantidad de treinta mil pesos. Se condenó a la compañía a pagar al asegurado una suma mayor de la recibida y el Tribunal confirmó el fallo. Se interpuso recurso de casación. Por varios extremos se acusó la sentencia. La Corte expuso:

"El contrato sobre que versa el litigio es de los que Saleilles llamó 'contratos de adhesión', y otros expositores, quizá con más propiedad, 'contratos por adhesión', que se caracterizan: a) Porque en ellos la oferta —dirigida a personas indeterminadas— tiene un carácter general y permanente, y se presenta frecuentemente impresa, en forma de contrato-tipo, para que sea aceptada o rechazada en bloque; b) Porque la oferta emana generalmente de una persona natural o jurídica que goza de un monopolio de hecho o de derecho o al menos de un gran poder económico, ya en razón de sus propias fuerzas, ya por su unión con otras empresas análogas; c) Porque los contratos en cuestión constan de numerosas cláusulas, de difícil lectura, cuidadosamente redactadas en interés de quien hace la oferta y cuya trascendencia no puede ser en la mayor parte de los casos debidamente apreciada por el adherente; d) Porque —a diferencia de lo que sucede en los contratos comunes y corrientes, en que las cláusulas y condiciones se discuten, se pesan y se miden libremente por ambas partes— en los contratos de que se viene hablando se excluye toda discusión entre las partes, con evidente menoscabo del principio de la autonomía de la voluntad, pues una de ellas elabora, para formular la oferta, un reglamento o estatuto y la otra se limita a someterse a las condiciones de éste si necesita el servicio que el co-contratante está en capacidad de procurar. La casi unanimidad de la doctrina —a pesar de lo que recientemente ha sostenido Paris le Clerc— reconoce y admite sin dificultad que el seguro es un contrato de adhesión y que no solamente presenta todos los peligros de los contratos de adhesión, sino que es quizá el más peligroso de todos ellos. (Missol, 'El seguro, contrato de adhesión, y el problema de la protección del asegurado'). Ni nuestro código ni el código francés se ocuparon de los contratos de adhesión, porque éstos surgieron como resultado de las transformaciones económicas y sociales realizadas después de la expedición de uno y otro. En tales códigos se enfocó la noción de contrato sobre la base de que 'dos personas, de idéntica situación jurídica y de igual poder económico, exponen y discuten en un libre debate sus pretensiones opuestas, se hacen concesiones recíprocas y acaban por celebrar un acuerdo cuyos términos han sido pesados y que en realidad constituye la expresión de su común voluntad.' Como resultado de esa concepción se estableció en dichos códigos que todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes. Por eso —y porque es incuestionable, como lo reconoce generalmente la doctrina, que los contratos de adhesión son peligrosos para el adherente, pues éste no se ha entendido con el contratante de

Págs. Págs.

igual a igual sino que ha tenido frente a sí una empresa más o menos poderosa que naturalmente aprovecha o trata de aprovechar su superioridad económica para imponer disposiciones no sujetas a su libre discusión —se ha procurado con esmero en los últimos tiempos— lo mismo en el terreno legislativo que en el campo de las teorías doctrinarias y jurisprudenciales— encontrar medidas eficaces y razonables de protección especial para quienes en el contrato de adhesión pueden llegar a ser víctimas de la ley del más fuerte. Dentro de ese orden de ideas —ya para descartar la aplicación del principio, antes aludido, según el cual todo contrato es una ley para los contratantes, ya para suavizar o atemperar las consecuencias de ese principio, que encuentra su fundamento en la idea de que la convención es la expresión de la voluntad común de las partes y el resultado de su libre colaboración—se han ideado, aparte de las medidas legislativas de que adelante se hablarán, teorías encaminadas a justificar reglas especiales de interpretación en favor del adherente. Al efecto, varios tratadistas, en su mayor parte de derecho público, han sostenido que los actos de adhesión no tienen de contractual sino el nombre y que la operación se descompone en la emisión de una voluntad reglamentaria a la cual viene a adherirse otra voluntad. Según esa teoría, llamada teoría reglamentaria, la voluntad de quien hace la oferta basta por sí sola para determinar el contrato y los efectos del acto: es ella la que crea la obligación. La adhesión no desempeña sino un papel secundario; ella no contribuye a la formación del acto sino que viene a ser una condición necesaria y accesoria a la vez para la eficacia de aquél. Como resultado de esta concepción se descartan, desde luego, tanto la aplicación del principio según el cual todo contrato es una ley para los contratantes, como la aplicación de las reglas generales sobre interpretación de los contratos, y se propone, en cambio, un sistema de interpretación según el cual la voluntad predominante de quien hace la oferta debe ser aplicada conforme a las exigencias de la buena fe y de las reglas económicas en juego, sin perder de vista las leyes de humanidad que se imponen desde que un particular o una compañía o una autoridad pública intervienen, por vía de reglamentos generales, en las condiciones de la vida económica o social de un individuo. Como no se trata de averiguar cuál fue la voluntad común de dos contratantes sino de interpretar la manifestación unilateral de una voluntad reglamentaria, tal interpretación tendrá que hacerse con la elasticidad que caracteriza la interpretación de la ley propiamente dicha, teniendo en cuenta, no lo que puede creer y desear el adherente, sino lo que esas cartas generales deben ser en interés de la colectividad a la cual se dirigen, y sin perder de vista, por una parte, que cada cláusula debe aplicarse de conformidad con el fin de la operación y ser útil al buen funcionamiento de ésta, y, de otro lado, que hay que hacer intervenir en todo caso las consideraciones de equidad conducentes a la protección del adherente. Otros autores sostienen la llamada teoría contractual de los actos de adhesión, que es la que ha llegado a predominar entre los civilistas y según la cual los contratos de adhesión sí tienen real y efectivamente el carácter de verdaderos contratos. "Contratos especiales qui-

Pág. Pág.

zá, y que por ese concepto merecan una interpretación particular, pero contratos al fin', porque si la voluntad del adherente no da la medida de la obligación, de ella depende en cambio lo único que es esencial: la existencia misma de la obligación. Pero los partidarios de esa teoría no han dejado de hacer toda clase de esfuerzos a su vez en el sentido de proteger eficazmente al adherente, y al efecto se han ideado para el caso sistemas especiales de interpretación como el propuesto por Dereux, según el cual, en los contratos de adhesión hay que distinguir las cláusulas esenciales, sobre las cuales ha debido necesariamente recaer la atención del adherente y que ordinariamente han sido objeto de una discusión, de las cláusulas accesorias que el adherente no conoció o conoció mal y que en todo caso no comprendió sino imperfectamente. Respecto de las primeras no hay inconveniente en aplicar el principio según el cual todo contrato es ley para las partes, pero cuando se trata de las otras cláusulas —de las accesorias, a las cuales el adherente no les ha atribuído gran importancia, porque las considera destinadas simplemente a regular los puntos de detalle de la convención— debe admitirse que ellas no son oponibles al adherente sino en cuanto se limiten a precisar y completar las cláusulas esenciales, y en ningún caso en cuanto modifiquen el alcance del contrato. Partiendo de esa misma base, de que los contratos de adhesión sí son verdaderos contratos, pero contratos a los cuales no se les puede aplicar en todo rigor el principio de la libertad contractual, dice Josserand: 'No quiere decir lo anterior que carezca de interés el distinguir los contratos de 'gré a gré' y los contratos de adhesión; las cláusulas de estos últimos no se imponen con la misma evidencia que las de los primeros porque frecuentemente ellas están como ahogadas en un reglamento 'passepartout' del cual el cliente de la empresa —viajero, asegurado, obrero, empleado— no ha tenido efectivamente conocimiento, y que aceptó, en confianza, con los ojos cerrados. En estas condiciones corresponde al Juez investigar si tal o cual cláusula litigiosa ha sido verdaderamente aceptada por las partes o si su inserción en el reglamento compacto y misterioso constituye una trampa para una de ellas. En esta última eventualidad el Tribunal, en nuestro sentir, tiene el poder de descartar la autoridad de esa cláusula, sobre todo si ella no guarda armonía con las cláusulas esenciales que constituyen la trama misma de la operación y que han sido conocidas por los interesados y aceptadas por éstos.' No todos los autores admiten la posibilidad de adoptar sistemas nuevos originales o especiales de interpretación para los contratos de adhesión, pero sí están todos de acuerdo, en cambio, en reconocer que constituyen ellos un campo excepcionalmente propicio para la aplicación extensiva de tres de los principios clásicos de la interpretación de los actos jurídicos, a saber: a) las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes se interpretarán contra ella; b) conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras; c) entre dos cláusulas incompatibles el Juez puede preferir la que parezca expresar mejor las intenciones del adherente. Por su parte, la jurisprudencia francesa —además de los esfuerzos que ha hecho para descartar la aplicación

Págs.

de ciertas cláusulas en razón del principio de la buena fe o con fundamento en las reglas de la fuerza mayor o por no tener razón de ser determinada obligación impuesta al asegurado— ha utilizado frecuentemente los aludidos principios de interpretación para proteger al adherente.... Como todos estos esfuerzos hechos por la jurisprudencia en favor de los asegurados, con fundamento en las reglas de la interpretación y al impulso de los dictados de la equidad, son necesariamente limitados y de otro lado provocan un constante proceso de perfeccionamiento de la redacción de las pólizas, pues a medida que los Tribunales tachan de ambigua una cláusula, las compañías se apresuran a aclararla en su favor para lo sucesivo, se ha invitado a los Tribunales a buscar la protección del asegurado en otros recursos técnicos, a saber: el principio de la nulidad de las convenciones contrarias al orden público y a las buenas costumbres, las normas jurídicas sobre la causa de las obligaciones, la teoría de los vicios del consentimiento, ampliamente aplicada, la teoría del abuso del derecho, etc. Por otra parte —sobre la base de que, aun cuando los Tribunales tienen la posibilidad de hacer jugar en favor del asegurado algunas reglas protectoras del derecho común sobre la interpretación de los contratos, esa protección resulta en la práctica insuficiente—se han consagrado en las legislaciones normas de carácter imperativo, que limitan en favor del asegurado la libertad contractual para impedir los abusos de la prepotencia económica, pero sobre la base de que no obstante tratarse de disposiciones imperativas, éstas pueden ser derogadas en beneficio del asegurado porque constituyen con respecto a éste un mínimo de garantías que no impide la adopción de cláusulas más liberales, como lo expuso Monsieur Falliéres, Ministro del Trabajo, en respuesta a una carta del Presidente del Sindicato de Aseguradores, por medio de la cual éste pedía que se modificaran algunos artículos del proyecto sobre seguros, bajo pretexto de que las disposiciones de esos artículos eran menos favorables para los asegurados que las contenidas en las pólizas de ciertas compañías." (Casación,, XLIV, Nos. 1920 y 1921, diciembre 12 de 1936).... 676, 2ª; 677, 1º y 2º; 679, 2º

CONTRATOS CON EL GOBIERNO

- 71 -

Había celebrado el Gobierno con el Banco de la República un contrato de mutuo en que éste le prestó ciertas sumas de dinero y como la liquidación de intereses se hiciese contra lo pactado, pues en vez de liquidarlos sobre la tabla comercial de 360 días se cobraron por 365, fue denunciada como bien oculto la suma cobrada de más. El Banco demandado alegaba que habiendo prestado la Nación su consentimiento a la adopción del sistema de liquidación de intereses hecha por él, no podía argüirse que el Gobierno no tenía facultad para aceptar esa forma de liquidación.

".....Aun admitiéndose que es cierta la manifestación de que el Gobierno aceptó la forma de liquidación de intereses, ese erróneo obrar del Gobierno no podría perjudicar a la Nación en sus derechos. Se funda para ello la Sala en la razón de que el Gobierno y la Nación son cosas distintas. En efecto, estatuye el

Págs.

artículo 2º de la Constitución que los poderes públicos emanan de la Nación y se ejercen en los términos que la Carta establece; y el artículo 57 y siguientes de la misma, que esos poderes son limitados y ejercen sus atribuciones separadamente, las que se determinan en la misma Constitución y las leyes. Según estas disposiciones, cuando el Gobierno contrata u obra respecto a asuntos nacionales, obliga a la Nación, pero únicamente en cuanto proceda de acuerdo con la Constitución o la ley, y no se aparte de ellas. Así que si el Gobierno, por omisión, negligencia o malicia, remite alguna deuda o exime al obligado de su carga, cede algún derecho, etc., sin cumplir con los mandatos constitucionales o legales, porque los extralimite, los viole o los omita, la Nación no puede estar legalmente representada en esos actos, porque no se han llevado a efecto cumpliendo su voluntad expresada en la Constitución o en las leyes; y si falta la representación legal, aquellos actos no pueden considerarse celebrados por ella, pues si se reputasen como celebrados correctamente, habiéndose violado las prescripciones constitucionales o legales, sería tanto como investir al Poder Ejecutivo de facultades dictatoriales, para que dispusiera a su arbitrio de los bienes, derechos y acciones de la Nación, sin que ésta pudiera reparar los perjuicios que le resultaran por el no cumplimiento, violación o extralimitación de los mandatos legales por parte del Gobierno al obrar en su nombre, lo que haría ineficaces las prescripciones de requisitos y formalidades establecidas en favor y garantía de la Nación. La responsabilidad de los órganos del Gobierno por su proceder en contra de la ley, aunque en concreto llegara a considerarse eficaz, sería inútil para indemnizar a la Nación de los perjuicios que por razón de los actos ilegales de ellos llegara a sufrir." (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLIV, Nos. 1914 y 1915, julio 6 de 1936) 190, 19

Págs.

COPIAS DE COPIAS

- 72 -

"En Chile la segunda copia tiene valor probatorio, con arreglo al art. 331 del Código de Procedimiento Civil, aunque se obtenga sin los requisitos que las leyes prescriben para que se haga fe, cuando no es objetada como inexacta dentro de cierto término. No así en Colombia: en donde los trasuntos de piezas que se hallen en los competentes archivos oficiales deben llegar al juicio autorizados por los secretarios o empleados a quienes toca la custodia de los originales; en donde aun los documentos públicos auténticos han de cotejarse con sus originales; en donde aun los documentos públicos corresponde probar su falsedad, los redarguye de falsos; en donde los traslados de documentos procedentes de funcionarios públicos hacen plena prueba si fueron expedidos formalmente con la autorización de quienes custodian los archivos, según los artículos 681 del antiguo código y 632 del nuevo, y, por fin, en donde los jueces estudian de oficio si las pruebas fueron bien rendidas (art. 1758 del C. C.). La legislación francesa, siguiendo a los jurisconsultos ingleses, para quienes debe recurrirse siempre al mejor medio de prueba de que sea susceptible un asunto, se funda en que el testimonio directo debe ser siempre preferible al testimonio indirecto y en que la prueba se debilita a medida que

se aleja de su fuente; así trae en sus artículos 1334, 1335 y 1336 varias restricciones sobre expedición de copias y sobre el valor que merecen. Unicamente los originales hacen fe. Empero, algunas copias tienen su misma eficacia: los primeros traslados y también las actas del escribano de actuación (exploits d'hussier). Si el original no existe, los traslados pueden servir de prueba completa o de principio de prueba por escrito. Pero las copias de copias no tienen una fuerza probatoria determinada. Serán indicios, noticias o reseñas. En la doctrina francesa se reciben como aforismos ciertas nociones sobre pruebas un poco diferentes de las contenidas en el antiguo derecho español, en el chileno y en el colombiano... ¿Qué vale la copia notarial de una copia protocolizada? Esta pregunta no puede ser absuelta a priori. Ello depende del contenido de la copia protocolada. En multitud de ocasiones carecerá de todo valor, como si reproduce documentos que deben llegar originales al proceso, o documentos cuyo traslado ha de ser expedido formalmente y autorizado por quien guarda los archivos, o documentos cuya saca debe hacerse por otro competente funcionario, etc., etc. Pero valdrá en algunos casos, como cuando la copia incorporada en el protocolo se refiere a un hecho cuyo cumplimiento puede establecerse por cualesquiera pruebas —documentales, personales, materiales— y no sólo valiéndose de la escrita reproducida en determinada forma y por determinado funcionario." (Casación, XLIV, Nos. 1920 y 1921, marzo 13 de 1937) (1) ----------

Págs. 712, 1ª y 2ª

(1) Cita la Corte las sentencias de fechas 15 de diciembre de 1897 (G. J., Nº 26 de mayo de 1914 (G. J., Nos. 1217 y 1218) y 13 de agosto de 1931 (G. J., Nº 1881). Véase el Nº 68 de nuestro extracto de jurisprudencia, correspondiente al tomo XXXIX de GACETA JUDICIAL.

Págs.

CREDITOS ACTIVOS ADJUDICADOS AL ALBACEA CON TENENCIA DE BIENES

- 73 -

Véase: Adjudicación de créditos activos de una sucesión al albacea con tenencia de bienes. (Casación del 16 de diciembre de 1936, G. J., Nos. 1920 y 1921, pág. 693, 1ª).

CUENTA CORRIENTE

- 74 -

E. A. Canalizo and Company, Incorporated, sociedad domiciliada en Boston, había celebrado con Gabriel Delarroche Ch. los contratos que ambas partes denominaron de cuenta corriente. Canalizo demandó a Delarroche para que se declarase judicialmente que éste debía pagarle cierta suma de dinero con sus intereses, y Delarroche contrademandó a Canalizo para que se declarase que esta sociedad debía rendirle cuentas comprobadas de las ventas de café y operaciones que Canalizo hizo en nombre de Delarroche de conformidad con las escrituras de contrato y para que se le condenase a la entrega del saldo que arrojaran las cuentas comprobadas a favor de Delarroche. Declaró al Tribunal que Canalizo debía rendir las cuentas pedidas en la contrademanda, así como la cuenta semestral de las operaciones verificadas de acuerdo con el crédito flotante que dicha casa le abrió a Delarroche. En casación que intentó Canalizo se acusó el fallo del Tribunal como violatorio de los ar-

Págs. Págs.

tículos 1769, 1602, 1608 y 1609 del Código Civil. Dijo la Corte:

"Hay que ver, pues, si el sentenciador incurrió en error de hecho al tomar como cuentas por rendir las que no lo eran y en caso afirmativo averiguar si Canalizo presentó o rindió oportunamente las verdaderas cuentas. Una vez que Canalizo y Delarroche pusieron en ejecución su negocio, Delarroche hizo varios giros a cargo de Canalizo, usando del crédito que éste le abrió, giros que debitaban a Delarroche y acreditaban a Canalizo; por su lado, Canalizo recibió varias remesas de café enviadas por Delarroche, cuyo valor acreditaba a Delarroche y debitaba a Canalizo. Los respectivos valores por débito y crédito producían intereses contractuales. También era debitado Delarroche por gastos de remesa de su café y además por una comisión convenida para la venta de este mismo café, cuya realización reclamaba que Canalizo ejecutara actos de verdadera gestión. En esta sucesiva serie de operaciones se destacan dos actividades directrices, a que puede reducirse sencillamente el negocio: a) Giros de Delarroche a cargo de Canalizo, cargos débitos para Delarroche: atender a su pago equivale comercialmente a que Canalizo remitiera dinero a Delarroche; b) Remesas de lotes de café a la consignación de Canalizo, abonos créditos para Delarroche. Pero como el café lo remitía Delarroche en propiedad y a la consignación de Canalizo, éste obraba como mandatario de Delarroche para el solo efecto de gestionar la venta al precio de Nueva York y aplicar luégo su valor al haber de Delarroche, y los gastos y comisión al débito del mismo. Ahora bien, para llegar a conocer qué giros por dinero hizo Delarroche a cargo de Canalizo, y cuánto café le remesó, no es necesario que Canalizo rinda cuentas precisamente a quien hizo los giros y remesó el café, porque Delarroche, como girador y remitente, conoce y tiene en sus manos los datos de los giros y remesas que hizo; y porque no pudiéndose considerar jurídicamente como acreedor o deudor a ninguno de los interesados antes de la conclusión de la cuenta corriente, y pretendiendo tanto uno como otro haber resultado acreedor al concluírse, según las respectivas peticiones de la demanda y de la contrademanda, no puede echarse a cargo de uno solo de ellos, con exclusión del otro, la carga de rendir cuentas, porque ambos tenían interés y necesidad de llevarlas en la expectativa de resultar acreedor al saldo definitivo; la cuestión se resuelve más sencillamente considerando que si una de las partes, o ambas a la vez, debe dar la prueba de serlo, presentando la relación comprobada de las remesas u operaciones que hizo para llevar a su crédito, y entonces, de la comparación de una y otra relación resulta automáticamente el saldo definitivo, se sabe quién debe a quién y cuánto, y procede la condenación o absolución que cada uno por su parte pide. Pero es inadmisible que teniendo consigo la parte demandada los elementos informativos y demostrativos de las remesas que ella hizo durante el negocio, pretenda oponer a la afirmación del adversario como única defensa la excepción de rendición de esas cuentas. Cada parte debe demostrar en el juicio aquellas operaciones que constituyan en el curso de la cuenta corriente un asiento o artículo de crédito a su favor y la contraria demostrar las que dieron lugar a cargos débitos. En cambio, entre las operaciones que alimentaron la cuenta corriente hay

Págs. Págs.

algunas que sí implican actos de una comisión confiada por una de las partes a la otra, como son aquellas que según el art. 734, ordinal 3º del C. de Comercio, reclaman la ejecución de actos de verdadera gestión, y son de la naturaleza, no de la esencia, de la cuenta corriente. Si esa clase de operaciones se hiciera para llevarlas a la cuenta corriente, es preciso que al cobro del saldo definitivo preceda la rendición de cuentas propia del que como mandatario gestionó o manejó intereses ajenos, pues sin la aceptación del saldo monto de la gestión, el gestor o mandatario no puede llevarlo como artículo al débito o crédito del mandante, o mejor dicho, el asiento de ese artículo es obligatorio para el interesado. Sobre esta clase de artículos o asientos, sí es pertinente la excepción opuesta de no rendición previa de cuentas. En resumen, Delarroche tenía derecho a exigir a Canalizo que le rindiera cuentas de la comisión o encargo contractual de recibir su café y gestionar su venta en Nueva York al precio de la plaza, para poder saber el monto de la venta y el asiento correspondiente que llevó a su crédito; pero la rendición de las cuentas de esas operaciones de comisión no puede extenderla Delarroche a otros elementos de la cuenta corriente misma, como son los giros que él mismo confiesa que hizo a cargo de Canalizo y las remesas de lotes de café que también hizo Delarroche; estos últimos son operaciones que alimentaron la cuenta corriente y que para el efecto de saber si Canalizo los llevó a su débito y a su crédito, respectivamente, no es necesario que resulten a través de cuentas a presentar por Canalizo, como lo pretende Delarroche. El Tribunal también, al tomar como cuentas por rendir las que según la cláusula 7ª del contrato debían cortarse en 30 de junio y 31 de diciembre, y no las de gestión de ventas del café de que trata la cláusula 12ª, incurrió en error de hecho y confundió la contabilidad misma en que esta clase de negocios se suele registrar con uno de los elementos parciales asentables en ese cuadro. Esta distinción se justifica en atención al carácter esencialmente indivisible de este contrato, que hace que si se quiere afectar una suma o valor a un empleo determinado, o si se quiere que se tenga a la orden del remitente, entonces esa suma o valor no entra a la cuenta corriente y no es susceptible de la compensación mercantil propia de este contrato; habrá préstamo, mandato, actos simples, gestión, pero no cuenta corriente (arts. 731 y 737 del Código de Comercio). En cambio, la indivisibilidad se caracteriza: Por cuanto los valores remitidos y recibidos en cuenta corriente no son imputables al pago parcial de los artículos que ella comprenda, ni son exigibles durante el curso de la cuenta (art. 736); por cuanto los valores llevados a la cuenta obran u operan automáticamente produciendo un débito o crédito sin consideración al remitente (art. 730); por cuanto sólo a la conclusión definitiva de la cuenta corriente se fija invariablemente el estado de las relaciones jurídicas de las partes, y se produce de pleno derecho, independientemente del fenecimiento de la cuenta, la compensación del íntegro monto del débito y crédito hasta la cantidad concurrente, y determina la persona del acreedor y el deudor (art. 746); y porque, respecto de terceros, éstos sólo pueden hacer eficaces embargos y retenciones de valores llevados a la cuenta por el saldo que re-

Págs.

sulte después del fenecimiento de la cuenta a favor del deudor contra quien fueron dirigidos (art. 738). De ahí que sería la negación misma del carácter de la cuenta corriente que se pudiera aislar un artículo del crédito para exigir su pago durante el contrato; los efectos de una sentencia o embargo permanecen reservados hasta la clausura de la cuenta y subordinados a la producción definitiva de un saldo a favor de lo embargado o retenido. Y de ahí también que —ya entre las partes— las remesas no son pagos, aunque en el momento de acreditarlas al remitente éste sea deudor del receptor; por eso la apertura de un crédito como primera operación que abre la cuenta (que es lo más frecuente), no convierte en deudor a aquél a quien se abrió, ni puede decirse que luégo las remesas de especies, café por ejemplo, que el debitado haga a quien abrió el crédito vayan siendo pagos o abonos en el sentido en que se dice que el deudor de préstamo va abonando o pagando: éstas son operaciones que intervienen en la ejecución de la cuenta; irá habiendo saldos débitos o créditos, pero no deudas exigibles; la exigibilidad no se produce sino a la terminación definitiva de la cuenta. Y por lo mismo los reconocimientos parciales de cuenta que van haciéndose periódicamente, según la usual estipulación, no implican exigibilidad, sino meras conformidades de cuenta; ni es definitivo uno de esos reconocimientos, porque es lo posible y presumible —dado el incesante movimiento de operaciones— que una operación realizada mientras vino en camino la cuenta, una remesa andando, alteren o modifiquen automáticamente el saldo conformado en el momento mismo en que se exprese la conformidad. Los interesados en el negocio constitutivo de cuenta corriente, para acomodarse a la índole del contrato que se deja destacada en las anteriores consideraciones, suelen llevar por escrito la relación de la serie sucesiva de operaciones que alimentan el negocio, consignándolas en un cuadro de debe y haber, a medida que se van ejecutando, y cuyas constancias o asientos producen un saldo débito o crédito mediante una simple operación aritmética. Ese cuadro es, pues, un registro o gráfico de ordenación, pero no es el contrato mismo; y las operaciones del negocio existen aunque no se hayan consignado allí. Tanto que hay comentadores de esa clase de negocios, como Joseph Hamel ('Banques et opérations de banque', tomo 1º, Nº 347, edición de 1933), que consideran que si la memoria de las partes o de un tercero bastan para registrar y conservar las diversas operaciones de una cuenta corriente, ésta queda constituída. El corte de cuentas que mediante ese cuadro se puede producir automáticamente en cualquier momento, momento que para Canalizo y Delarroche debía ser dos veces al año, el 30 de junio y el 31 de diciembre, al tenor de la cláusula 7ª, fue el que creyó erróneamente el Tribunal sentenciador que debía presentar Canalizo para someterlo a la consideración de Delarroche, a manera de rendición de cuentas, no siendo así ni de hecho, según la escritura, ni de derecho, por lo anotado. Es, pues, fundado el cargo de que ese error de hecho implica la violación del art. 1759 del C. C., porque no dice la escritura contractual que las cuentas por rendir versarían sobre ese cuadro." También concluyó la Corte que era casable la sentencia por violación de los artículos 1608 y 1609

Págs.

Págs.

del Código Civil. (Casación, XLIV, Nº 1937, julio 23 de 1936) (1) 308, 1º y 2º, 309, 1º 307, 1º y 2º,

CUERPO DEL DELITO

- 75 -

El recurrente en un proceso por homicidio decía que había existido error en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito, pues se había condenado por homicidio simplemente voluntario en vez de considerarlo cometido en riña.

"...aun considerando que el homicidio ocurrió en riña, como el juzgado lo apreció de otra manera, podría pensarse en que un error de apreciación de la prueba, si lo hubo, habría afectado al elemento responsabilidad, no al factor cuerpo del delito, puesto que la circunstancia de riña no llega a exculpar el homicidio, de suerte que no hace desaparecer 'el hecho criminoso y punible según las leyes', como el Código de Procedimiento define el cuerpo del delito." (Casación, XLIV, Nos. 1914 y 1915, julio 27 de 1936)..... 177, 2º

CUERPO DEL DELITO

- 76 -

Se alegó la tercera causal de casación en un proceso por homicidio, pues decía el recurrente que había habido error en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito, el cual, en concepto del recurrente, debía probarse con dos testigos hábiles, y se agregaba que el cuerpo del delito viene a quedar establecido con la prueba de los elementos constitutivos señalados en la respectiva disposición penal.

Págs.

"Verdad es que al tenor del art. 24 de la ley 104 de 1922, 'los elementos constitutivos del delito señalados en la respectiva disposición penal, serán la base de la comprobación del cuerpo del delito'; y, por consiguiente, entre estos elementos constitutivos del delito deben tenerse también en cuenta factores relacionados con el elemento intencional, v. gr., la premeditación en el homicidio, o el a sabiendas de que la ley requiere específicamente en algunos delitos, ya que ésta es la única forma de compaginar la disposición transcrita con el artículo 1512 del Código Judicial, conforme al cual 'se entiende por cuerpo del delito un hecho criminoso y punible, según las leyes.' Pero en cuanto a los modos de comprobación del cuerpo del delito, es inaceptable la tesis del recurrente de que para admitir la existencia de un hecho —la premeditación en este caso— sea necesario que esté 'claramente establecido por dos testigos hábiles.' El artículo 157 de la ley 40 de 1907 admite como aptas diversas pruebas para establecer el cuerpo del delito, y a fortiori, cualquiera de sus elementos. Dice así esta disposición: 'El cuerpo del delito se comprueba con el prolijo examen que se haga por facultativos o peritos de las huellas, rastros o señales que haya dejado el hecho, o con las deposiciones de los testigos que hayan visto o sepan de otro modo la perpetración del mismo hecho, o con indicios necesarios o vehementes que produzcan el pleno convencimiento de dicha perpetración.' Como se ve, la ley admite que el cuerpo del delito se demuestre, ya sea por prueba pericial, ya por la material o real, por la testimonial, o por la indiciaria; y

(1) Véanse las doctrinas que contienen los números 1040, 1041 y 1042 del tomo 3º de la JURISPRUDENCIA DE LA CORTE, y 1017 y 1018 del tomo 3º.

Págs.

respecto de esta última no exige que los indicios sean necesarios, pues basta con que los haya vehementes. Así las cosas, no habría motivo suficiente para concluir que el Juzgado Superior del Socorro y el Tribunal de San Gil anduvieron desacertados al formular el cargo de premeditación contra Bernardo Celis Amaya en el auto de proceder, respaldándolo en los términos siguientes..." (Casación, XLIV, Nº 1917, noviembre 9 de 1936) 349, 1ª

CUERPO DEL DELITO

- 77 -

Un hecho criminoso y punible, según las leyes, es lo que se denomina cuerpo de delito. (Art. 1512 del C. J.). (Casación, XLIV, Nº 1916, septiembre 26 de 1936) 222, 2ª

CUOTA DE DEFENSA NACIONAL

- 78 -

El impuesto de defensa nacional, denominado cuota de defensa nacional, a que se refiere el Decreto Nº 2020 de 1927, grava únicamente a los ciudadanos nacidos del año de 1907 en adelante. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLIV, Nos. 1920 y 121, diciembre 14 de 1936) 749, 2ª

CURADOR "AD LITEM"

- 79 -

Los curadores para pleito o ad litem, aunque no deriven la representación de la voluntad del representado, son mandatarios que el Juez les da a ciertas personas que no pueden o no quieren comparecer al juicio, en circunstancias que la ley determina, y como a mandatarios judiciales les es aplicable el artículo 264 del Código Judicial. (Casación, XLIV, Nos. 1914 y 1915, agosto 11 de 1936) 114, 2ª

Págs.

CURSO LEGAL, CURSO FORZOSO

- 80 -

Véase: Moneda en que debe hacerse el pago. (Sentencia de instancia de la Sala de Casación Civil, XLIV, Nos. 1920 y 1921, abril 28 de 1937) .....

CHEQUES FALSOS

- 81 -

Como pagase el Banco Alemán Antioqueño dieciocho cheques que aparecían girados por Bechara Salom, comerciante libanés domiciliado en Cali, por la suma de $ 4,700, éste demandó al Banco para el pago de esa suma de dinero, pues decía que la firma de tales cheques no era la suya, sino que había sido falsificada por el alemán Carlos A. Leiter, antiguo empleado de su confianza, encargado de los libros de comercio, pero sin atribuciones para girar cheques ni para representar a Salom ante extraños. En la demanda decía Salom que el Banco había pagado los cheques "sin parar mientes en la torpeza de la falsedad y en que se trataba de una firma imitada tanto en la leyenda castellana como en la repetición en árabe de su propio nombre." Negó el Banco que las firmas del girador fuesen falsas y agregó que si lo fueran la culpa sería exclusiva de Salom. El Tribunal de Cali condenó al Banco al tenor de la demanda, considerando que la falsedad estaba plenamente comprobada con peritos, lo cual hacía responsable al Banco por lo previsto en el artículo 191 de la ley 46 de 1923, precepto de orden público, en opinión del Tribunal, y que las estipulaciones que aparecían en todos los recibos de las chequeras tenían objeto lícito y eran nulas en todo

Págs. Págs.

cuando contravinieran al precepto del artículo citado. Recurrió en casación el Banco demandado y acusó el fallo por violación del artículo citado y de otros del Código Civil. Dijo la Corte:

"La eficacia o ineficacia de las cláusulas de irresponsabilidad en los contratos, ha sido cuidadosamente estudiada por los autores, sea desde el punto de vista de la culpa, sea desde el de la carga de los riesgos, y ellas han dado lugar a la tesis llamada de la inversión de la carga de la prueba. No obstante, la cuestión de la validez y efecto de las cláusulas de no responsabilidad es todavía objeto de vivas discusiones. Las cláusulas que contienen una exención franca de responsabilidad, o sea aquellas por las cuales se estipula, al asumirse una obligación contractual, que el deudor no será responsable si la obligación permanece inejecutada, contradicen la noción misma de obligación. La inejecución de una obligación constituye en derecho la culpa; se es responsable, en efecto, cuando no se ha ejecutado la obligación. Es una contradicción contraria al orden social, decir que se asume la obligación y convenir al mismo tiempo que se rehuye la responsabilidad en caso de inejecución. Y como obligación y responsabilidad son términos correlativos, aquella cláusula no puede tener valor. La noción de obligación es el fundamento mismo del derecho y del orden en la sociedad. El orden social, implica el cumplimiento por parte de cada individuo de la misión que le corresponde. Pero para que ésta sea eficaz y conduzca a cada individuo a ejecutar su tarea en la sociedad, es preciso que ella esté asegurada por sanciones; y es indiscutible la obligación de respetar los compromisos contractuales como un elemento capital del orden social. No es pues admisible que constituyendo la obligación un elemento esencial del orden social, se le descarte, en un caso determinado, prescribiendo a la vez la obligación y la exención de responsabilidad en caso de inejecución. Es frecuente en la práctica que los deudores, para disminuir o aligerar sus obligaciones eventuales y sus riesgos en caso de inejecución de sus obligaciones, estipulen su no responsabilidad, cláusulas usadas en los contratos por adhesión, especialmente. La cláusula de no responsabilidad, en su aludida forma franca, es aquella al tenor de la cual se estipula, al asumirse contractualmente una obligación, que el deudor no será responsable en caso de inejecución. La ley se ha referido a ellas en varias ocasiones, para considerarlas ineficaces o nulas. Así el art. 1895 del C. C., relativo a la garantía de evicción en caso de venta, es decir, a la obligación del vendedor de indemnizar al comprador cuando éste es privado del todo o parte de ella por un tercero que demuestra ser el verdadero propietario, permite excluir por estipulación la garantía referida; pero la misma ley en su artículo 1898 hace la reserva para el caso en que la evicción obedezca a un hecho personal del vendedor, entendiendo por hecho personal de éste una culpa suya, y dice que es entonces nulo ese pacto: la cláusula de no responsabilidad no produce efectos, y el deudor debe sufrir las consecuencias de su culpa. Nuestras leyes sobre contrato de trabajo tampoco permiten las cláusulas de no responsabilidad en el caso de ruptura abusiva del contrato, el cual no puede romperse en condiciones que constituyan lo que se llama un abuso del derecho. El patrón no puede escapar en virtud

Págs. Págs.

de una estipulación contractual a las consecuencias de su culpa. También el art. 1522 prohibe las cláusulas en virtud de las cuales se condone el dolo futuro, y el art. 63 asimila al dolo la culpa grave. En cambio el artículo 1604 del C. C. al precisar la responsabilidad general que corresponde al deudor según la naturaleza de los contratos que celebre y al dar la norma para la carga de la prueba de las obligaciones contractuales, permite a las partes estipular expresamente una responsabilidad especial y modificar consecuencialmente la regla sobre la prueba del cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones. Relacionando tal precepto con los artículos 63 y 1522, siempre se ha entendido que el deudor no puede estipular la exención de su responsabilidad en caso de que la inejecución de su obligación sea debida a dolo o a su culpa grave. Muy conocidas son las dos tendencias de la doctrina de los más prestigiosos expositores de derecho: los que sostienen que es preciso reconocer una eficacia completa a las cláusulas de no responsabilidad, a lo menos para el caso de culpas leve y levísima, y la de los autores partidarios de la completa ineficacia de tales cláusulas, cuando la cláusula es de franca irresponsabilidad. Entre estos últimos, el profesor Esmein (Clausules de non responsabilité, Revue trimestrielle, 1926, pág. 313), y en sus conferencias de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de París, sección IV, 'les conventions relatives a la responsabilité', págs. 315 y sigts., 1935-1936, dice: 'Pero hay algo que los contratantes pueden hacer sin contrariar el principio ya establecido. Pueden bajo ciertas reservas hacer que una obligación no nazca a cargo de uno de ellos, obligación que habría nacido si el contrato no la hubiera descargado expresamente. Pueden, por otra parte, modificar en una cierta medida las reglas relativas a la carga de la prueba que debe darse en un proceso suscitado por la inejecución de una obligación.' Y más adelante agrega: 'Solamente que de un contrato nacen casi siempre no solamente las obligaciones que en él se han enunciado expresamente sino una serie de obligaciones particulares que le son anexas por la ley o por los usos y que nacerán de las circunstancias ante las cuales se encontrará el deudor. Es así como el vendedor de un cuerpo cierto no entregado inmediatamente se constituye guardián de la cosa como un efecto del contrato. Como guardián estará obligado a una serie de obligaciones particulares, tales como no dejar la cosa en un lugar abierto, y si la tiene en un almacén, no dejar este almacén sin custodia. Si el vendedor no quiere asumir estas obligaciones, hay el medio de decir: quiero vender, pero entregando inmediatamente; no quiero conservar la cosa conmigo después de la venta.' Pero si así no lo hace, él llega a ser guardián, quiéralo o no. No puede estipular que no asumirá las obligaciones de la custodia si efectivamente él guarda la cosa aceptando no entregarla inmediatamente; habría contradicción en afirmar en el contrato que no será obligado en calidad de guardián y en asumir al mismo tiempo la situación de un guardián que conserva la cosa consigo. En este caso, aunque este vendedor haya estipulado en el contrato una cláusula de no responsabilidad esta cláusula permanecerá ineficaz porque, 'asumiendo de hecho el papel de guardián, asume las obligaciones de tal.' De acuerdo con la doctrina que se acaba de transcri-

Págs.

bir, y que en nada se opone a los mismos principios que establece nuestro Código Civil, relativos a las cláusulas francas de irresponsabilidad y a la manera como deben entenderse de conformidad con el art. 1604 del C. C., se echa de ver que en nada contraría los principios del código la primera parte de la cláusula 8ª convenida bajo su firma por el depositante al retirar la libreta de chequeras, en cuanto dice: 'El que recibe una chequera del Banco se hace responsable de su custodia y de cualquier uso que de ella se haga.' Y efectivamente, el depositante retiró del poder del Banco tal libreta para usarla bajo su responsabilidad. Ese hecho por sí mismo, sin necesidad de cláusula, lo haría responsable de la custodia y del buen uso de la chequera. Aun los expositores que sostienen, al contrario de Esmein, una eficacia completa de las cláusulas de no responsabilidad, a lo menos para el caso de culpa leve o levísima, no la consideran eficaz para cuando la inejecución se deba a dolo o a culpa grave del deudor, caso en el cual estiman que la cláusula de no responsabilidad es ineficaz, doctrina ésta que es la del art. 1604 en relación con el 1522 del C. C. Planiol y Ripert, tomo IV, (con el concurso de Paul Esmein), número 399 y sigtes.; Demogue, en el Tratado de las Obligaciones, tomo III; Ripert, La Regla Moral en las Obligaciones Civiles, número 112 y siguientes, consideran que la jurisprudencia francesa no admite la plena eficacia de las cláusulas de no responsabilidad, pero que les hace producir cierto efecto consistente en una inversión de la carga de la prueba. Según tal jurisprudencia, en presencia de una cláusula de irresponsabilidad, cuando la obligación permanece inejecutada, ya no es al deudor el que debe probar una fuerza mayor o un caso fortuito para descartar su responsabilidad, sino al acreedor quien debe probar que la inejecución es debida a una falta del deudor. Pero como tal exigencia, o sea la de que la carga de la prueba de la culpa se le imponga al acreedor, ha parecido exagerada, la doctrina de los expositores propone una solución intermedia, que el profesor Esmein enuncia así: 'Una solución intermedia puede contemplarse, consistente en permitir al deudor exonerarse de responsabilidad probando simplemente la ausencia de culpa, es decir, el carácter diligente de su conducta. Esto es para él menos difícil que probar la causa extraña. Sucederá que él pueda probar que ha sido diligente y al mismo tiempo que le sea imposible probar la causa extraña. Esta es, a mi modo de ver, la mejor solución.' Como en presencia de los artículos 63, 1522 y 1604 del Código Civil resulta que las partes en este juicio estaban ligadas por un contrato de cuenta corriente al tenor del cual la validez del pago de los cheques dependía de varias cláusulas en que las partes estipularon una responsabilidad especial y en la medida que adelante se dirá desplazaron la carga de los riesgos, lo cual está permitido en principio por aquellos preceptos legales, y el Tribunal prescindió en absoluto del estudio de esas cláusulas por considerarlas totalmente nulas, por tener objeto ilícito y no poder ser materia de estipulaciones entre las partes, y siendo así que al tenor del artículo 1604 del C. C., aun interpretados a la luz de la más exigente doctrina sobre ineficacia integral de las cláusulas de no responsabilidad, esta ineficacia solamente dice orden a la inejecución debida a dolo o a culpa grave del deudor, y

Págs.

Págs.

en todo caso tales estipulaciones producen el efecto de la inversión de la carga de la prueba, aspecto que tampoco estudió el Tribunal, hay que concluir que es justificado el cargo de violación de la doctrina contenida en los referidos artículos del Código Civil, y además, de la expresada por los arts. 15 y 1602 del mismo código. Las anteriores consideraciones solamente han tenido en cuenta los principios generales de responsabilidad por culpa en cuanto para algunas especies de ésta cabe la exención contractual, que son los puntos de vista enfocados por el recurrente y por el Tribunal cuando en la sentencia acusada dice que el art. 191 de la ley 45 de 1923 estatuye una sanción para el Banco que paga un cheque falso por la culpa que implica, según el fallador, el descuido en cerciorarse de la autenticidad del instrumento antes de pagarlo. Parte de esto es cierto. Pero el verdadero alcance de tal precepto no queda fijado con esa simplicidad. Son precisas algunas otras consideraciones. A juzgar por las referencias generales de legislación comparada que traen los expositores de derecho comercial y de comercio bancario sobre la institución del cheque, como Lyon Caen y Renault, Tratado de Derecho Comercial, IV edición, París, 1925, tomo IV; Thaller, Tratado Elemental de Derecho Comercial, 8ª edición revisada y puesta al día por J. Percerou, París, 1931, tomo II; Lacour y Bouteron, Nociones de Derecho Comercial, 3ª edición, París, 1925, tomo II; Joseph Hamel, Bancos y Operaciones de Banco, tomo I, París, 1933; Staub, Comentarios al Código de Comercio Alemán en 1897, edición de 1926; Vivante, Milán, 1926, tomo III, y las referencias que estos autores hacen a revistas inglesas y norteamericanas especializadas en cuestiones de banca, las diferencias muy profundas que separan a las distintas legislaciones en materia de letras de cambio, casi desaparecen al reglamentar la institución del cheque porque el fin económico de este último efecto de comercio las ha aproximado y conducido a resultados prácticos idénticos. Y las tres grandes tendencias legislativas que pueden distinguirse, la del derecho francés, la del derecho inglés y la del derecho alemán, ante las cuales el cheque es, o un mandato, o una orden de pago, coinciden en la necesidad del pago inmediato de éste, en ser un efecto a la vista, en que debe ser presentado para el pago en un término muy corto a partir de su creación, en estar fiscalmente favorecido, y en la necesidad de revestir ciertas condiciones de forma que lo hagan regular en su apariencia externa. Introducido en Colombia el sistema anglo-americano sobre cheques por el sistema legislativo de recepción directa, este efecto de comercio dejó de ser la orden de pago escrita que estatuía la ley 75 de 1916 para sustituirse por el de una letra de cambio girada sobre un Banco y pagadera a su presentación (art. 321 de la ley norteamericana de 1897); y además de caracterizarse por las mismas aludidas circunstancias que aproximan todas las tendencias legislativas, se distingue por la necesidad de ser girado contra los Bancos (arts. 186 y siguientes de la ley 45 de 1923). Conforme a los autores ya citados, son varias y distintas las previsiones legislativas sobre responsabilidad por robo, pérdida o falsedad por cheques: desde la legislación argentina que reglamenta minuciosamente tal responsabilidad, que hace una distinción capital de dos especies de che-

Págs.

Pág.

que, según que la firma del girador haya sido visiblemente falsificada o que la falsificación no haya podido descubrirse fácilmente, para hacer pesar en el primer caso la responsabilidad sobre el banquero que los haga y en el segundo sobre el girador; hasta la legislación alemana de 11 de marzo de 1908 que guarda silencio sobre los cheques falsificados. La ley inglesa de 1882 hace en principio responsable al banquero que paga un cheque falso, por extensión para los cheques de la regla admitida para las letras de cambio según la sección 24 de dicha ley o acto; solución ésta que justifican los autores en materia de cheques por el hecho de que el banquero girado, debe obligatoriamente conocer la firma del girador. El mismo principio radical de responsabilidad del girado por el pago de cheque falso consagran las legislaciones austriacas y húngara, que no permiten a éste evitar un segundo pago sino estableciendo la culpa del girador o de uno de sus empleados, y cuya mayor particularidad consiste en que esas legislaciones prohiben expresamente toda cláusula que dé por resultado disminuir la responsabilidad del banquero; según Vivante, obra citada, tomo III, números 1413 y siguientes, es ese el sistema admitido, a falta de texto expreso, por la jurisprudencia italiana. Ante el silencio de la legislación francesa, la validez del pago de un cheque falso, perdido o robado, se resuelve por la jurisprudencia por una asimilación del cheque a la letra de cambio no aceptada, en la forma que en seguida se transcribe, según Lacour y Bouteron, obra citada, número 1457 y siguientes, tomo II: "La ley contiene pocas indicaciones sobre el pago del cheque. Se admite generalmente que fuera de las disposiciones de derecho común concernientes a la validez del pago (arts. 1239 y 1240 del C. C.), conviene aplicar al pago de cheques negociables (a la orden o al portador), el principio establecido por el art. 145 del Código de Comercio, al tenor del cual aquel que paga una letra de cambio a su vencimiento y sin oposición se presume válidamente liberado. Pero esta presunción de liberación no beneficia al girado sino en el caso de que él no haya procedido de mala fe y no haya incurrido en culpas graves. Cualquier culpa en las obligaciones que le incumben constituirá una culpa de esa naturaleza e impedirá su liberación. De manera que es necesario, para determinar las circunstancias susceptibles de entrañar la responsabilidad del girado, examinar las obligaciones que lo vinculan. El primer cuidado del girado debe ser verificar la firma del girador, de la cual posee un facsímile desde la apertura de la cuenta; es una precaución elemental; cualesquiera que sean las hipótesis que se puedan contemplar, en derecho el girador no puede aparecer obligado sino por su firma. El cheque no debe presentar, por otra parte, ninguna alteración, raspadura ni cambio que no haya sido objeto de aprobación autorizada por el girador." Los mismos autores al contemplar adelante el caso de cheques falsos desde su origen, agregan: "Una de las hojas de la chequera entregada por el banquero a uno de sus depositantes ha sido sustraída. El autor de la sustracción ha imitado la firma del depositante y ha podido así hacerse pagar el cheque por el girado. ¿Tiene éste el derecho de inscribir el monto de esta suma en la cuenta de su cliente cuya firma ha sido imitada? En principio, no; el no debió pagar sino sobre la orden de su

Pág.

Págs.

cliente; a falta de esta orden él no ha podido liberarse válidamente. Le incumbía verificar la firma que llevaba el título. 'Sin embargo, importa averiguar si aquel hecho no es imputable a culpa del depositante. Es cierto que éste, por el contrato que lo vincula con su banquero, está obligado a vigilar la conservación de su libreta y a prevenir al banquero en el caso de que una de las hojas le sea sustraída. Si se prueba que ha faltado a esta doble obligación, es justo que recaigan sobre él las consecuencias de la culpa que su negligencia ha facilitado (en este sentido, Trib. Com. Sena, 7 de junio de 1884, y 17 de marzo de 1910; París, 7 de enero de 1919).' La síntesis más completa de las soluciones de los Tribunales franceses sobre validez o invalidez de los pagos de cheques falsos, es la que hace Joseph Hamel en su obra ya citada, números 649 y siguientes, a saber: 'Los Tribunales se esfuerzan siempre en descubrir una culpa a cargo de una de las personas que litigan; la pérdida resultante del mal pago es de cargo de la persona en culpa. Sucede frecuentemente que los fallos destacan una culpa a cargo del banquero girado por haber pagado el cheque sin tomar las precauciones indispensables. 'Tal es el caso del banquero que ha pagado un cheque en que aparecía una firma del girador absolutamente diferente del autógrafo depositado en el Banco; del que ha pagado un cheque sin preocuparse de las raspaduras y alteraciones que revelaba; del que no ha verificado antes del pago si era regular la serie de endosos; del que ha pagado a manos de un adolescente un cheque emitido en condiciones que debieron parecer extraordinarias, dada la costumbre del girador...' Por el contrario, el banquero ha sido considerado exento de culpa y su pago al tenor del cheque no lo ha hecho incurrir en ninguna responsabilidad para con el girador o para con el portador regular... si el banquero ha hecho confianza a una firma del girador perfectamente bien imitada. (Advierte el autor, en nota, que según sentencia de la Corte, París, 18 de febrero de 1932, se estimó que el banquero no ha cometido ninguna falta pagando un cheque cuyas barras habían sido lavadas en condiciones que impedían descubrir el fraude). Algunas sentencias han subrayado que la responsabilidad de los banqueros debe ser apreciada teniendo en cuenta la rapidez necesaria de las operaciones de pago, rapidez que excluye una verificación detenida; y que conviene no olvidar que el empleado de Banco no es un experto en escrituras y en el descubrimiento de falsificaciones y que debe contentarse con una regularidad aparente en la firma y el contexto del cheque. 'En otros casos los Tribunales estiman que la culpa incumbe al girador del cheque: por ejemplo, cuando ha adquirido la costumbre de permitir a sus empleados firmar cheques en su lugar y uno de éstos abusa cualquier día de esta licencia; cuando, al partir de vacaciones, dejó su libreta de cheques en un cajón no cerrado y alguien se apoderó de uno de los cheques y lo puso en circulación con una firma falsa.' Cita el autor una sentencia de París, de fecha 30 de octubre de 1931, en que la Corte reconoce la responsabilidad del girador por el solo hecho de no haber puesto su libreta de cheques en seguridad. Los expositores de derecho, creadores de doctrina, censuran esa jurisprudencia por cuanto en su esfuerzo de indagar la culpa en que haya incurrido una de las partes en

Págs.

litigio, se incluyen como tal, como hechos culposos, los que son irreprensibles; tal es el caso de que injustamente se reproche al girador no haber enviado por correo recomendado una carta que contenga el cheque. Y entonces se ha propuesto la solución o sistema preconizado por expositores tan reputados como Thaller y Percerou, obra citada, tomo II, Nº 1655; Lyon Caen y Renault, ib., tomo IV, número 588 y siguientes; Lacour y Bouteron, ib., tomo II, Nº 1457 bis; Bouisson, La función económica del cheque, páginas 129 y 130. Según estos autores, cuya doctrina sintetiza la obra de Hamel en el número 651, puede describirse así: 'Conviene entonces admitir en principio la responsabilidad del banquero que ha pagado el cheque. Es imposible, en efecto, hacer pesar una responsabilidad sobre el propietario de la libreta a la cual un cheque ha sido desprendido, o sobre el titular de una cuenta de Banco cuyo nombre y firma han sido usados por un falsificador de cheques. Ninguna responsabilidad sabría encontrar su base en el hecho de que una persona sea la dueña de una libreta de cheques o titular de una cuenta de Banco. Es entonces el banquero pagador el que debe soportar el peso del pago indebido; el pago no es liberatorio para él y no puede debitar la cuenta del cliente por el monto que ha pagado. El pago de un cheque falso es el riesgo normal del comercio de Banco. No obstante, se de otra manera cuando el banquero puede establecer que el cliente cuya firma ha sido falsificada ha cometido una culpa o una imprudencia; tal es el caso del cliente que deja sin control su carnet de cheques o que permite a sus empleados girarlos en su lugar imitando su firma. Pero conviene que la prueba de una culpa semejante sea dada por el mismo banquero.' Como se advierte de las anteriores transcripciones, la doctrina francesa ha evolucionado al estudiar el problema de las condiciones en que puede estimarse válidamente hecho el pago de un cheque falso, desde la presunción de validez del pago a través de los principios de la responsabilidad por culpa, hasta consagrar después de muchos años la teoría del riesgo, que hace en principio responsable al banquero por el pago de un cheque falso, pero que no excluye el que éste pueda demostrar, mediante prueba que precisamente ha de dar él, la comisión de una culpa o una imprudencia de parte del girador, caso en el cual se exime de responsabilidad y se estima que el pago lo ha liberado válidamente. El sistema anterior llega a las conclusiones enunciadas en el caso de que entre el depositante y el Banco no medie algún contrato con motivo de la cuenta corriente en condiciones distintas a las que establece la ley. Pero como es general y uniforme la costumbre de que las relaciones entre las partes en cuanto a la ejecución de la cuenta corriente se regulen por un contrato previo en el cual se estipulan cláusulas de desplazamiento de riesgos y de exenciones o de limitaciones de responsabilidad, es preciso estudiar también las soluciones propuestas para tales casos por la doctrina y por la jurisprudencia, lo cual se hará previas las referencias indispensables a la teoría del riesgo. Tradicionalmente se ha considerado que la culpa es el fundamento de la responsabilidad civil en derecho común. El artículo 2341 del C. C., correspondiente al 1282 del francés, establece la regla de conducta de no inferir daño a otro, pero subordina la responsabilidad y la obligación de

Págs.

reparar el daño a la existencia de una culpa, y no solamente el acto voluntario, aunque causado sin intención de dañar, sino también de acuerdo con el art. 2356, a todo hecho de malicia, negligencia o imprudencia. Es lo que se ha llamado la responsabilidad subjetiva. También se ha visto en otros preceptos una responsabilidad que reposa en presunciones de culpa, como el artículo 2347 y otros del C. C. 'La ineptitud de la doctrina de la responsabilidad subjetiva, dicen Planiol y Ripert, tomo VI, París, 1930, Nº 478, aún con las presunciones de culpa ya indicadas, para asegurar la indemnización de las víctimas en ciertos casos en que esa indemnización ha parecido necesaria, condujo a ciertos autores a oponerle una doctrina en que la culpa no es necesaria para la existencia de la responsabilidad. Se la ha llamado responsabilidad objetiva. Bajo su forma más simple ella consiste en eliminar la idea de culpa en la responsabilidad para admitir que todo riesgo creado debe dejarse a cargo de la actividad que ha creado el riesgo.' Tal doctrina prevaleció, según la opinión uniforme de todos los autores con motivo del desarrollo económico e industrial de los últimos tiempos.

'El desarrollo del empleo de máquinas en la industria aumentó considerablemente el número de los accidentes en perjuicio de los obreros. Frecuentemente la causa permanecía desconocida. Aunque ella residiera en un vicio de la máquina su existencia no podía achacarse al que, ignorando el vicio había adquirido la máquina y héchola funcionar en condiciones normales. Se dice entonces que el accidente es anónimo. 'El espectáculo de víctimas privadas de recursos conmovió la opinión pública, y ciertos juristas, sin querer esperar una reforma legislativa, demorada en llegar, propusieron a la jurisprudencia diversas interpretaciones nuevas, pero que tenían de común el descargar a la víctima de la obligación de probar la culpa que le incumbía... Toda actividad, se ha dicho (Saleilles, Accidentes de Trabajo), entraña riesgos para los terceros al mismo tiempo que para el que obra. Es justo que él soporte las consecuencias, reparando los daños causados por su acción, aunque ninguna culpa pueda reprochársele. El ha creado riesgos en su provecho, con el fin de realizar beneficios o de procurarse una satisfacción. Teniendo para ello el provecho eventual, las oportunidades, también debe tener el cargo de lo desfavorable: ubi emolumentum, ibi onus. Bastará, pues, para asumir una responsabilidad que haya una relación de causalidad entre la actividad de aquél y el perjuicio sufrido por la víctima. 'El riesgo creado, es, pues, el fundamento de la responsabilidad. En materia de industrias se le llama riesgo profesional. Se ha agregado que el empresario puede y debe hacer entrar esta carga en los gastos generales de su empresa. Pero no se ha limitado a esto la aplicación de la teoría, y se ha querido extender la idea a toda forma de actividad...' Por su parte, el profesor Ripert, en su obra sobre La Regla Moral en las obligaciones civiles, edición de 1935, en el capítulo relativo al deber de no perjudicar a otro y la responsabilidad civil, comentando la evolución de las ideas en esta materia, dice: 'Es preciso creer que en la elaboración de esta nueva teoría los espíritus han sido guiados por las más altas consideraciones morales. La repetición de un mismo género de daños causados por una misma categoría de personas o una

misma categoría de víctimas, demuestra la existencia de una desigualdad resultante de la vida social y crea una nerviosidad mayor que no permite concebir el daño como fatal. Estas ideas debían conducir los espíritus a no contentarse con los viejos principios de la Ley Aquilia. La fórmula que resume la teoría del riesgo, despojada de todas las restricciones de orden técnico que se le pueden dar, es esta: Todo daño debe atribuírse a su autor y ser reparado por el que lo ha causado, porque todo problema de responsabilidad civil se refiere a un problema de causalidad; o aún: Todo hecho cualquiera del hombre obliga al que ha causado un daño a otro, a repararlo.' Este movimiento doctrinario, si bien dio lugar a una abundante y fervorosa literatura jurídica y aún a consagraciones legislativas en materia de accidentes de trabajo y de navegación aérea, no fue unánimemente aceptada. Según la obra del mencionado profesor Ripert, 'los autores de tratados clásicos, Planiol, Colin y Capitant, no consintieron jamás en abandonar la idea tradicional. Otros que habían sido considerados como promotores de la nueva teoría afirmaron después haber sido mal comprendidos. Demogue, en su reciente Tratado de las Obligaciones; E. Mazeaud, Lalou, en su Tratado sobre la responsabilidad civil; Esmein, Cauveau, la han combatido, han rehusado acoger la teoría del riesgo. En fin, la jurisprudencia no ha cesado de fundar la responsabilidad sobre la culpa...' Pero el referido movimiento doctrinal no quedó sin efecto porque la legislación sobre accidentes de trabajo de 9 de abril de 1898, la ley de 31 de mayo de 1924 sobre reparación de daños causados por las aeronaves, fundan la responsabilidad en el riesgo profesional. Y la misma jurisprudencia recibió sus efectos, bien que ella preferentemente ha visto el fundamento de las soluciones nuevas en textos del Código Civil que consagran simples presunciones de culpa; y llegó a los mismos resultados prácticos de la teoría del riesgo beneficiando a la víctima mediante la inversión de la carga de la prueba. Pero aún colocándose los autores dentro de la idea o teoría del riesgo profesional o riesgo creado, aunque no la patrocinen, como no la patrocina el Prof. Ripert, exponen así, como en seguida se transcribe, los efectos de las cláusulas de exoneración de la responsabilidad: 'Si la cláusula tiene por objeto permitir la responsabilidad en la acción nociva, debe considerarse como de nulidad absoluta. La jurisprudencia declara nulas las cláusulas de exoneración del dolo o de la culpa grave equivalente al dolo. Pero ella permite, o parece permitir, pues está lejos de ser clara, la exoneración de las faltas ligeras. 'Debe tratarse la cuestión de otra manera. ¿Se puede de antemano regular la extensión de los deberes para con otros? Si estos deberes dependen de relaciones contractuales, es perfectamente lícito que las partes determinen por un contrato la extensión de sus obligaciones respectivas. La responsabilidad contractual dependerá, pues, del contenido de la obligación. Es posible que el legislador prohiba en ciertos casos las cláusulas que exoneran al deudor de toda responsabilidad, pero es entonces porque se estima que no hay contrato celebrado libremente o que el interés económico general exige la garantía completa del deudor: ejemplo, en el contrato de transportes terrestres... o en el contrato de transportes por aire. 'Si los deberes del hombre no

Págs. Págs.

Págs. Págs.

dependen de un contrato, es más difícil comprender cómo por anticipado pueda exonerarse de su observación. Hay que ver que por la cláusula la víctima se designa a sí misma y se ofrece a cualquier suerte o golpe que la hiera. Si ella encuentra una ventaja particular y si acepta voluntariamente el riesgo, por qué la moral se opondría a una parecida convención? La anulación de la cláusula no se pronunciará, sino cuando ella confiera la irresponsabilidad aun por dolo o por culpa grave, y aquí sin ninguna distinción entre la responsabilidad contractual y la delictual, porque no es posible adquirir por anticipado el derecho al mal obrar mediante un sacrificio pecuniario. Pero esta aceptación de riesgos debe acogerse con prudencia, pues la ley civil debe proteger al hombre contra sus propias imprevisiones y sobre todo contra la sorpresa de su consentimiento.' Lacour y Bouteron, en su obra ya citada, se expresan así: 'Los banqueros han buscado asegurarse una garantía suplementaria, aún a falta de culpa del girador, por una cláusula de no responsabilidad cuyo texto es, por lo general, el siguiente: El Banco no es responsable del perjuicio que pueda resultar de la pérdida o de la sustracción de los cheques, si él no ha sido prevenido a tiempo para impedir el pago. ¿Cuál es el efecto de esta cláusula? Desde luego tiene una utilidad real para el banquero en cuanto por esa cláusula se verifica un desplazamiento de riesgos. Para escapar a la responsabilidad, el banquero no está obligado a probar que ha habido una culpa de su cliente; solamente el caso fortuito es a cargo de éste. Pero si el cliente prueba que el pago irregular no habría podido verificarse sin una negligencia del banquero, no puede éste escapar al daño. La afirmativa es cierta en el caso de que el banquero ha cometido una culpa grave: pues un deudor no puede, por convención ninguna, exonerarse de su culpa grave, ni de su dolo. Pero se admite generalmente que no bastaría al cliente demostrar la existencia de una culpa ligera a cargo del banquero, y que la cláusula de exoneración es válida en lo que concierne a esta especie de culpas. La distinción entre la culpa grave y la culpa ligera presenta, pues, en esta materia un interés capital. Es verdad que el Código Civil colombiano se inspira también en el principio tradicional de que la culpa es el fundamento de la responsabilidad civil y que él contiene la organización técnica de esa responsabilidad. Posiblemente algunas leyes posteriores especiales, como la de accidentes de trabajo, consagren la de riesgo, o de responsabilidad objetiva; y posiblemente también pueda verse en algunas disposiciones del código casos aislados, como el art. 2354, en ese mismo sentido de responsabilidad objetiva, (V. Jossorand, tomo II, Nº 523, pág. 233), aunque sea discutible si apenas se trata de simples presunciones de culpa. Como no es oportuno aquí, la Corte se abstiene de opinar. En todo caso, los principios generales de la legislación civil no son los que inspiran la ley de instrumentos negociables. Apenas será necesario recordar el origen anglo-americano de esta ley y el modo de recepción global como fue adoptada. El hecho es que el art. 191 de dicha ley 46 de 1923, por su contexto consagra el sistema del riesgo creado: es decir, el aludido principio de que la responsabilidad por el pago de un cheque falso es el riesgo normal del comercio de Banco.' Todo Banco será responsable a un depo-

Pág.

sitante por el pago que aquél haga de un cheque falso o cuya cantidad se haya aumentado.' Pero, según se ha visto, el sistema legal del riesgo creado no impide que el Banco pueda exonerarse de responsabilidad demostrando una culpa, malicia, negligencia o imprudencia de parte del girador o de sus empleados. Sólo que la carga de la prueba de esas circunstancias corresponda daría al Banco... En síntesis, la teoría del riesgo creado no excluye la responsabilidad de la víctima proveniente de cierto grado de culpa de ésta, alegada y demostrada por la otra parte, y las cláusulas de exención de responsabilidad sólo son ineficaces cuando tiendan a eximir de responsabilidad al autor de dolo o de culpa grave cuando se trata de daños al patrimonio. Si aparece de autos, como es verdad, que los cheques fueron presentados para el pago con una apariencia regular en su forma exterior (arts. 55 y 90 de la ley 46 de 1923); que esos cheques fueron presentados en el trascurso de más de diez meses, periódicamente y alternándolos con otros no tachados de falsos y de la misma apariencia; si en el caso de ser falsificados la falsedad sería debida e imputable, según el mismo demandante girador de los cheques, a un empleado suyo, de su absoluta confianza, reconocido como tal, tenedor de sus libros de comercio, consultor de sus negocios, que tuvo acceso, por eso mismo, a las chequeras; si el pequeño monto o volumen de su cuenta corriente que debió y pudo verificar con frecuencia, no le pareció afectado por cheques no autorizados por él en ese largo espacio, como pudo y debió advertirlo; no se echa de ver que el Banco, al pagar esos cheques haya incurrido en dolo o en culpa grave, de las cuales no lo eximirían las cláusulas de irresponsabilidad; y así aparece, por el contrario, que el girador usó de una conducta descuidada y negligente, cuando no de responsabilidad por la culpa de su empleado de confianza. En estas condiciones hay que concluir que el Tribunal dejó de interpretar correctamente y en su caso de aplicar los arts. 191 de la ley 46 de 1923, 1602, 1604 y 2341 del C. C., citados por el recurrente. En virtud de lo dicho debe casarse la sentencia acusada." (Casación, XLIV, Nos. 1918 y 1919, diciembre 9 de 1936) (1) .....

Pág.

407, 2ª,
408, 1ª y 2ª,
409, 1ª y 2ª,
410, 1ª y 2ª,
411, 1ª y 2ª,
412, 1ª y 2ª,
413, 1ª y 2ª,
414, 1ª y 2ª,
y 415, 1ª y 2ª.

DECLARACIONES DE TESTIGOS

- 82 -

"El artículo 597 del C. J. dice que para estimar el mérito de las pruebas éstas han de formar parte del proceso, y se llena esta formalidad, entre otros casos, cuando se han acompañado a los escritos de demanda o de excepciones. No obstante esta disposición, cuando se trata de declaraciones de testigos, para poder apreciarlas se necesita que los testimonios o su ratificación se hayan pedido y decretado durante el

(1) Véase el estudio titulado "Responsabilidad por el pago de cheque falso", que tradujimos de la revista brasilera nombrada "Revista Forense", y que figura en el número 1935 de la GACETA JUDICIAL.

Págs.

término probatorio, a fin de que las otras partes intervengan en la diligencia, repregunten y ejerciten su derecho de infirmar la prueba, según lo establece el art. 693 de la misma obra." (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLIV, Nº 1916, agosto 26 de 1936) 262, 2ª

DECRETO ACUSADO Nº 1365 DE 1935, SOBRE RADIODIFUSION

- 83 -

Acusado como inconstitucional el Decreto Nº 1365 de 1935, por el cual se reglamentó la concesión de licencias para la instalación y explotación de estaciones radiodifusoras, la Corte declaró inconstitucionales algunos artículos y sobre el punto expuso:

"Dejando a un lado los arts. 34 y 36, sobre cuya constitucionalidad ya se habló, las disposiciones del Decreto 1365 pueden clasificarse en cuatro grupos, así: .... 3º Las que establecen impuestos y las que señalan penas secundarias o corporales o la sanción de clausura de la estación, por un tiempo determinado o en forma definitiva, para los casos de infracción de las disposiciones del decreto así como para los casos en que la radiodifusión se utilice para atentar contra la moral pública o la seguridad del país o contra la honra de las personas o el respeto debido a las autoridades legítimas o para propagar noticias falsas o tendenciosas o para incitar en cualquier forma al desconocimiento de las autoridades, al desobedecimiento de la ley o a la perturbación del orden público, lo mismo que aquéllas que autorizan al Gobierno para tomar determinadas medidas en caso de conmoción interior o peligro de que a juicio de aquél se altere la paz pública. Tales son los artículos 2º (en

Págs.

su inciso 2º), 31 (en su inciso 1º), 41 y 43..... Las disposiciones del tercer grupo son en cambio notoriamente inconstitucionales: de acuerdo con el artículo 6º del Acto Legislativo número 3 de 1910, en tiempo de paz solamente el Congreso, las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales pueden imponer contribuciones y de acuerdo con los artículos 23 y 26 de la Constitución 'nadie podrá ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado sino a virtud de mandamiento escrito de autoridad competente, con las fomalidades legales y por motivo previamente definido en las leyes', y 'nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se impute, ante tribunal competente y observando la plenitud de las formas de cada juicio', y es claro que el art. 41 del decreto viola el primero de los textos constitucionales citados y que el artículo 43 y el segundo inciso del artículo 2º violan los otros dos textos constitucionales a que se acaba de hacer referencia. Por lo que atañe al artículo 41 del decreto basta observar: que como el artículo 34 prohibe terminantemente emplear las estaciones radiodifusoras para servicios de naturaleza diferente del de perifonía, que no queda comprendido, según lo antes dicho, dentro del monopolio de los artículos 137 y 138 del Código Fiscal, no pueden ser considerados los gravámense o cargas de que habla el artículo 41 como contraprestaciones de una concesión administrativa, sino que tienen liza y llanamente el carácter de un impuesto sobre una industria lícita y libre. Tampoco se podría entender ese artículo en el sentido de que el gravamen por él establecido está comprendido dentro de los au-

Págs. Págs.

torizados por la legislación de timbre nacional, pues el artículo dice que los derechos deben pagarse en un solo contado' y que 'el comprobante de lo pagado por cada anualidad deberá agregarse a la respectiva licencia.' El artículo 43 del decreto viola los artículos 23 y 26 de la Constitución. Si por medio de la radiodifusión se cometen delitos o contravención de los definidos y castigados en el Código Penal, en las leyes y en las ordenanzas de policía, los funcionarios competentes aplicarán las penas allí mismo establecidas, pero es claro, según todo lo que antes se explicó, que el Gobierno no puede atribuirse la facultad de juzgar él esos delitos o contravenciones, ni la de decretar para éstos penas distintas de las establecidas por leyes preexistentes, ni mucho menos erigir en delito o contravención lo que la ley o las ordenanzas no han definido como tal. El artículo 43 del decreto no prescribe medidas de coerción, únicas que la policía en cuanto tal puede tomar, como ya se vio, sino que establece verdaderas sanciones penales, y esto únicamente el legislador puede hacerlo. Las autoridades administrativas dentro de sus atribuciones de policía podrían llegar en ciertos casos graves y que presenten caracteres de urgencia hasta cerrar provisionalmente una estación, mientras se asegura el restablecimiento del orden y en cuanto ello sea necesario para ese objeto, pero en ningún caso pueden convertirse en tribunales de justicia, ni aplicar penas en casos distintos de los contemplados por el artículo 27 de la Constitución —que nada tiene qué ver con la cuestión que se estudia— ni mucho menos legislar en el sentido de establecer penas o sanciones, pues al tenor de los referidos textos constitucionales esa es misión privativa del legislador. La policía administrativa está llamada a conservar el orden público, pero el orden material y exterior, no el orden en las ideas y en los sentimientos, porque entonces ya no obraría como policía. Para cumplir esa misión —como ya se vio— puede valerse, dentro de los límites antes explicados, de la reglamentación y de la coerción, pero no puede decretar sanciones que el legislador no haya decretado ni convertirse en juez para la aplicación de esas sanciones. El artículo 43 al establecer las sanciones que establece invade la órbita del poder legislativo y al disponer como dispone que al Ministro de Correos y Telégrafos es el llamado a aplicar esas sanciones y por consiguiente a juzgar cuándo es el caso de aplicarlas, le asigna a dicho funcionario en una forma inadmisible funciones judiciales. Todo ello implica violación de los textos constitucionales antes citados. Si el legislador estima que con motivo del desarrollo de la radiodifusión es necesario definir nuevos delitos y contravenciones no previstos por las leyes y establecer las correspondientes sanciones, obvio es que puede dictar las leyes respectivas, con sujeción a las normas constitucionales. Pero lo que es el Poder Ejecutivo no puede hacer eso. Sus atribuciones de policía jamás pueden alcanzar hasta allá. Mi se diga que teniendo como tiene en Colombia la policía jurisdicción para fallar sobre determinados delitos y contravenciones, la misión de ella es más amplia y puede extenderse en la forma en que el decreto lo hace, pues al respecto lo único cierto es que el mismo legislador que tuvo poder para dictar el Código Penal y el Código de Organización Judicial definió por medio de leyes especiales otros delitos y contravenciones y los

Págs.

señaló las penas respectivas, y a determinados funcionarios —que impropiamente se han considerado como pertenecientes a la policía— les dio jurisdicción para esos casos en la misma forma en que, para los demás, se la había dado a los jueces de circuito, a los jueces superiores, etc. Es obvio que todo ello —obra del legislador— no puede significar que los funcionarios administrativos a quienes el legislador no les dio esa jurisdicción puedan ser investidos de ella por medio de un decreto, ni puede implicar para la autoridad administrativa la facultad de dictar decretos de policía que vengan a ser como dependencias o sucursales del Código Penal y del Código de Organización Judicial. Lo propio puede decirse del inciso 2º del artículo 2º, pues allí tampoco se trata de una medida de coerción —que no podría durar más de lo que dure el desorden que se pretenda evitar— sino de una verdadera sanción penal. Y en lo que atañe al inciso 1º del artículo 31 basta observar que la manera como él está redactado implica que el Gobierno se reserva la facultad de hacer prohibiciones de carácter general e indefinido, lo que tampoco entra dentro de las atribuciones de la policía administrativa, porque no encaja de ninguna manera en la noción de coerción. Respecto de las disposiciones del cuarto grupo —que se refieren todas al asunto del permiso o licencia para la instalación o construcción de estaciones radiodifusoras— debe observarse que a diferencia de lo que se estableció en el artículo 17 del decreto para las licencias de operación —con respecto a las cuales se dijo terminantemente que serían concedidas una vez que los ensayos efectuados demostraran el correcto funcionamiento de la estación— los artículos concernientes a la licencia de instalación o construcción no disponen que ésta debe ser concedida si se llenan los requisitos del artículo 14. Por el contrario, en el artículo 39 se dice que el Gobierno podrá negar las licencias cuando así lo aconsejen las conveniencias de la administración pública o los progresos de la técnica. Como no puede quedar al capricho o al arbitrio del Gobierno el conceder o no conceder las licencias porque ello sería contrario a la libertad de industria, las aludidas disposiciones no pueden ser constitucionales en cuanto ellas implican que el Gobierno puede abstenerse de conceder la licencia aun en los casos en que se llenen todos los requisitos técnicos exigidos. Dentro de las atribuciones de policía del Gobierno está la de impedir, inclusive por la fuerza, si fuere necesario, el funcionamiento de aquellas estaciones que por razones de carácter técnico o por cualquier otro motivo perturben el orden de la radiodifusión. Por lo mismo el Gobierno puede reglamentar la cuestión de los permisos o licencias sobre la base de que éstos serán concedidos siempre que se llenen todos los requisitos técnicos exigibles para evitar perturbaciones en la radiodifusión, pero no puede atribuírse la facultad de negar arbitraria o caprichosamente tales permisos o licencias, pues ello constituiría un atentado contra la libertad de industria no autorizado ni por la Constitución ni por las leyes ni por la doctrina administrativa sobre policía. La Constitución le permite al Gobierno intervenir en las industrias, oficios y profesiones en orden a la conservación de la tranquilidad, de la seguridad y salubridad públicas pero no hasta el punto de impedir su ejercicio por razo-

Págs.

DECRETOS ACUSADOS

- 84 -

Acusados como inconstitucionales los artículos 1º y 7º del Decreto Nº 280 de 1932 y 1º del Decreto 420 del mismo año, la Corte los declaró exequibles. Los fundamentos de la sentencia de la Corte pueden verse en el punto titulado Leyes acusadas, donde conjuntamente con éstas fueron estudiados aquellos. (Sentencia de la Sala Plena de la Corte, XLIV, Nos. 1920 y 1921, febrero 25 de 1937 .....

Págs.

18, 2º,
19, 2º,
20, 1º
y 2º,
y 21,
1º y 2º

non ajenas al orden público, entendido en su sentido exterior y material ya aplicado. No obstante le dicho, como los artículos 1º, 14, 15, 38 —aunque forman con el 39 un conjunto armónico— no establecen directa y expresamente que el Gobierno pueda negar arbitrariamente los permisos o licencias, pues sólo en el artículo 39 vino a quedar en realidad consignada expresamente esa norma, basta con declarar la inexequibilidad de éste último sobre la base de que naturalmente los otros no pueden ser interpretados ni aplicados en el sentido de que implícitamente contengan la facultad de negar los permisos o licencias por razones que no sean de carácter estrictamente técnico. Por lo que atañe al parágrafo del artículo 1º, apenas si hay necesidad de confrontar su contenido con el del artículo 5º del Acto Legislativo Nº 1º de 1936 para que aparezca de manifiesto la inconstitucionalidad de aquél, pues al tenor de la norma constitucional sólo el legislador podría limitar los derechos de los extranjeros en la forma en que el Ejecutivo ha pretendido hacerlo por medio de un decreto. No sería distinta la conclusión si se analizara el decreto a la luz del artículo 11 de la Constitución de 1886." (1) (Sentencia de la Corte Plena, XLIV, Nos. 1919 y 1915, octubre 7 de 1936) ..

al de Telecomunicaciones de Madrid, de 1932. "Esos convenios internacionales quedaron incorporados en la legislación de Colombia por la aprobación del Congreso y hacen parte de nuestro derecho público interno. Algo más: forman parte del derecho universal, pues fueron aprobados por todos los países civilizados del mundo. Son, por virtud de la incorporación y ratificación de que se ha hablado, leyes de Colombia, respecto de las cuales tiene el Presidente de la República el poder reglamentario de que trata el artículo 120 de la Constitución, numeral 3º, que dice así: '....Corresponde al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa: ....3º Ejercer la potestad reglamentaria expidiendo las órdenes, decretos y resoluciones necesarias para la cumplida ejecución de las leyes.' Si el Presidente de la República tiene la facultad de reglamentar las leyes, con mayor razón la tiene respecto de aquellas que aprueban pactos internacionales en los cuales está comprometida la fe de la Nación... El artículo 3 del Reglamento General de Radiocomunicaciones de la Convención Internacional de Madrid, año de 1938, dice así: 'Ninguna estación emisora podrá ser establecida o explotada por un particular, o por una empresa cualquiera, sin licencia especial otorgada por

(1) Salvó su voto el Magistrado doctor Pedro A. Gómez Naranjo, el cual manifestó que el decreto acusado tiene apoyo en los artículos 137 y 138 del Código Fiscal, en el Convenio Radiotelegráfico Internacional de Washington de 1927 y en

Págs.

DECRETO LEGISLATIVO ACUSADO (Nº 136 DE 1932), SOBRE ASIGNACIONES CIVILES Y REDUCCIONES EN EL PRESUPUESTO

- 85 -

Fueron acusados los artículos 6º y 7º del Decreto Legislativo Nº 136 de 1932, como lesivos de los derechos adquiridos y garantizados por el art. 31 de la Constitución Nacional y como violatorios de los artículos 57 y 62 de la Constitución y 1º del Acto Legislativo de 1914.

"Considera el demandante que el artículo 6º del decreto, que suspende definitivamente el reconocimiento de pensiones por causa de la guerra de la independencia, viola el precepto constitucional de la separación de los poderes públicos, porque invade las facultades judiciales del Consejo de Estado, y cita como especialmente violados los artículos 57 y 62 de la Constitución y 1º del Acto Legislativo del año de 1914. Con relación a la inconstitucionalidad del artículo 7º, el demandante apoya la acción en el artículo 31 de la Constitución, que decía lo siguiente: 'Los derechos adquiridos con justo título con arreglo a las leyes civiles por personas naturales o jurídicas, no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública, resultaren en conflicto los derechos de particulares con la necesidad reconocida por la misma ley, el interés privado deberá ceder al interés público. Pero las expropiaciones que sea preciso hacer requieren plena indemnización con arreglo al artículo siguiente.' Esta disposición fue derogada expresamente con arreglo al artículo 34 del Acto Legislativo Nº 1 de 1936 y sustituída por el artículo 10 del mismo, que es del siguiente tenor: 'Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título, con arreglo a las leyes civiles, por personas naturales o jurídicas, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley, expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en

---

el Gobierno del país donde se levante la estación en cuestión.' Esta disposición está incorporada en la legislación como ya se dijo, porque el Convenio de Madrid fue ratificado por la ley 10 de 1933. En ella no se hace mención especial de las estaciones de servicio de comunicaciones, y por tanto comprende también las de servicio de perifonía, quedando demostrada la equivocación de la diferencia establecida por la Corte. Además, si la radiodifusión es libre para el servicio de perifonía, ¿por qué acepta la sentencia que se debe pedir permiso al Gobierno? En estas conclusiones hay una visible contradicción de parte de la Corte, porque es obvio que para el ejercicio de una industria libre no es necesario solicitar permiso de ninguna clase. El Gobierno no hizo otra cosa que reglamentar la concesión de licencias en el Decreto Nº 1365, como lo dice en su preámbulo. La reglamentación requería el establecimiento de prohibiciones y de sanciones, como lo han hecho todos los países del mundo, porque de lo contrario, se haría ineficaz el decreto e imposible su cumplimiento. Con la declaratoria de inconstitucionalidad de varios artículos del decreto, especialmente de los artículos 41 y 43, además de que se causa un gravísimo quebranto al fisco nacional, porque se le impide cobrar los derechos por las licencias, se deja al Gobierno sin medios para sancionar las infracciones a los reglamentos de radiodifusión."

conflicto los derechos de particulares con la necesidad reconocida por la misma ley, el interés privado deberá ceder al interés público o social. La propiedad es una función social que implica obligaciones. Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación, mediante sentencia judicial e indemnización previa. Con todo, el legislador, por razones de equidad, podrá determinar los casos en que no haya lugar a indemnización, mediante el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara.' Confrontadas las dos disposiciones, se observa que en lo relativo a la garantía de los derechos adquiridos son idénticas, y por tanto, el estudio del problema no ofrece dificultad en relación con el precepto constitucional que rige sobre la materia. El Decreto Nº 1355 de 1932, sobre asignaciones civiles y sobre reducciones en el presupuesto de gastos del año citado, fue dictado por el Presidente de la República en uso de las facultades concedidas por las leyes 99 y 119 de 1931. Los considerandos hablan de la necesidad de mantener el equilibrio entre los ingresos y los gastos públicos, por el descenso general de todas las rentas... De estas facultades podía el Presidente de la República hacer uso hasta el 31 de diciembre de 1931. Pero la ley 119 de 1931, prorrogó el plazo hasta el 31 de julio de 1932. Por consiguiente, el Decreto 1355 fue dictado dentro del plazo señalado y con sujeción a las autorizaciones extraordinarias concedidas por el Congreso, ya que la reducción de las asignaciones del presupuesto estaba dentro de las medidas financieras y económicas indispensables para conjurar la crisis. Por este aspecto, las disposiciones acusadas se ajustan a los preceptos constitucionales... El precepto constitucional invocado por el actor trata del respeto a los derechos adquiridos con justo título con arreglo a las leyes civiles. Según la definición del artículo 1º del Código Civil, derechos civiles son los que emanan de las leyes civiles, que son las que determinan 'los derechos de los particulares, por razón del estado de las personas, de sus bienes, obligaciones, contratos y acciones civiles.' Se ha estimado que las pensiones no tienen el carácter de derechos civiles, porque son gracias otorgadas por la Nación por medio de leyes administrativas, que pueden ser modificadas por el legislador. La Corte ha sostenido de manera constante que las pensiones otorgadas conforme a la legislación colombiana, han tenido y tienen el carácter de gracias o recompensas gratuitas que la Nación concede a ciertas personas a quienes se considera que se han hecho acreedoras a ellas, por servicios importantes, sin que se haya creído nunca que esas gracias se obtengan como derechos civiles que la República tenga obligación de reconocer y pagar, como parte civil, y que si en algún tiempo se han dictado leyes que autorizan a determinada entidad para su reconocimiento y han señalado ciertos procedimientos para otorgarlas en algunos casos, es claro que esa tramitación ha sido únicamente con el fin de buscar la equidad y de saber quiénes la merecen para poder asignarlas con relativo acierto a los que son acreedores a ellas, pero no porque el acto del otorgamiento constituya un derecho adquirido con justo título, conforme a las leyes civiles del país. Esta doctrina tiene su apoyo en el contenido de las leyes sobre pensiones y recom-

Págs. Págs.

pensas dictadas desde la ley 50 de 1886... Los artículos citados por el demandante como apoyo a la solicitud de inconstitucionalidad del artículo 6º, no estima la Corte que hayan sido violados por la referida disposición, la cual es exequible, lo mismo que el artículo 7º, de conformidad con lo expuesto." (Sentencia de la Corte Plena, XLIV, Nº 1916, noviembre 27 de 1936)..... 207, 2ª, 208, 1ª y 2ª, y 209, 1ª y 2ª

Salvaron su voto los Magistrados doctores Aníbal Cardoso Gaitán, José Antonio Montalvo y Miguel Moreno Jaramillo. El primero manifestó que se hallaba de acuerdo con el fallo de la Corte "en cuanto declara exequible el artículo 6º del Decreto Nº 136 de 1931 —que suspendió indefinidamente el reconocimiento de nuevas pensiones por concepto de la guerra de independencia— pero porque estimó que el Gobierno, al obrar en ejercicio de facultades extraordinarias bien podía decretar esa suspensión con el carácter de indefinida sin lesionar derechos, por considerar que ya hoy las pensiones a favor de los descendientes de próceres no tienen el carácter de retributivas o remuneratorias. No pienso igual cosa respecto de la rebaja en la cuantía de las pensiones ya decretadas, a que se refiere el artículo 7º del mismo decreto, porque el reconocimiento legal de tales pensiones creó una situación jurídica concreta en favor de los beneficiarios." Los dos últimos Magistrados expusieron que aunque estaban de acuerdo con algunas de las consideraciones hechas por la sala plena al motivar el fallo, habían votado negativamente su parte resolutiva. "El Presidente, dicen, fue facultado para tomar las medidas financieras y económicas 'precisamente indispensables' en orden a conjurar la crisis porque atravesaba el país. No podía él hacer cuanto quisiese. Apenas lo que era imposible dispensar en aquella época de apuros económicos y angosturas fiscales. Lo inevitable. Lo que debía ejecutar obligado de la crisis. Lo que hiciera falta para conjurarla." Se refieren luégo a las consideraciones hechas por el Presidente para el decreto citado, y agregan: "Todos esos considerandos —equilibrio presupuestal, transitoria disminución en las aduanas, posible déficit fiscal, etc., etc.— hacen ver que las medidas 'necesariamente indispensables' debían tomarse en forma necesariamente transitoria. Y, sin embargo, los acusados artículos 6º y 7º del decreto envuelven medios permanentes: la suspensión indefinida del reconocimiento de nuevas pensiones por causa de la independencia y la rebaja de las que devengan los descendientes de próceres. Fue así como para un mal transitorio, la crisis, se aplicaron remedios definitivos." (1).

DEPOSITO

- 86 -

Se había demandado a una sociedad comercial para la entrega de un café depositado por el actor en la trilladora u oficina a cargo de uno de sus agentes de comercio, y aunque la sociedad demandada negaba

(1) Hay que advertir que la Corte se refirió aquí al caso especial de la demanda de inexequibilidad promovida por el señor Carlos Abondano Rizo, como descendiente del prócer José Silverio Abondano.

Págs. Págs.

el carácter de agente de su intermediario, a quien le fue entregada la cantidad de café cuya devolución se pedía a la sociedad, ésta recurrió en casación contra la sentencia del Tribunal.

"Tiene para sí el recurrente que, consecuente con sus propios puntos de vista, al aceptar el sentenciador los recibos de la trilladora como constitutivos de un depósito, y en el mismo sentido la frase de la carta de Carmona para Monteya y demás elementos examinados en los apartes anteriores, violó los arts. 2242 y 2253 del C. C. por los varios aspectos que al resumir los cargos se dejan precisados, directamente o por lo menos por interpretación errónea, por haber ordenado la restitución de un café que no fue materia de depósito, o por admitir que podían ser objeto de un depósito cosas de género distintas de dinero (atendido también el texto de los arts. 2235 y 2240 ibídem), o por errores manifiestos de hecho y de derecho al estimar la carta y las declaraciones de Carmona, los libros de cuenta de Grace, etc. Descartada como queda la existencia de tales errores en la estimación de las pruebas, cabe agregar aquí que la doctrina del artículo 2253 y la naturaleza del contrato de depósito en que se informan las demás disposiciones legales, sobre la materia, no se oponen a que se constituya sobre determinado número de arrobas de café entregadas por bultos o lotes de peso o volumen más o menos regular y de calidad cierta y determinada, como consta en cada entrega recibida por Grace, un contrato de depósito que tenga por objeto de él tales especies; distinguiendo así, el objeto del contrato es claro y determinable, y en nada impide que, aun confundido con otras de la misma especie y calidad, pueda ser determinado para efectos de la restitución (sin perjuicio de la responsabilidad del depositario). La ley 20 de 1921, que organizó primeramente los almacenes generales de depósito, contiene disposiciones que consultan las afirmaciones precedentes, ya en orden a la constitución, como a la conservación, custodia y retiro del depósito sobre mercancías, productos y frutos de procedencia nacional o extranjera, y a la expedición de certificados de depósitos y de bonos de prenda. Al tenor del artículo 5º tanto el certificado como el bono deberán expresar las indicaciones necesarias para conocer el nombre del depositante, la naturaleza y estado de las mercancías, su cantidad, peso o volumen, valor y calidad aproximados y las marcas y números de los bultos o de los envases que lo contengan. El Tribunal sentenciador, al tener como objeto de un depósito los lotes de café entregados al depósito de la trilladora de Grace, no violó pues el artículo 2253 del Código Civil. Tampoco violó el artículo 2242 ibídem, porque los recibos de la trilladora fueron la prueba escrita principal, a juicio del Tribunal, de la constitución del depósito de mayor valor de $ 500." (Casación, XLIV, Nº 1917, agosto 5 de 1936)

427, 1ª y 2ª

DERECHO DE RETENCION

- 87 -

Guillermo Arana demandó a Hermenegildo García para que se declarase que era de propiedad del actor el globo general dentro del cual ocupaba un lote el demandado y para que, en consecuencia, se le condenase a restituirlo. El demandado contestó manifestando el hecho de le

Págs. Págs.

ocupación del lote, pero no con ánimo de dueño, y que si lo ocupaba era porque Arana se lo entregó en virtud de una promesa de venta; que como Arana no le hubiese otorgado la correspondiente escritura hubo de ejecutarlo García, dando por resuelto el contrato de promesa, y exigiéndole no sólo el reintegro del precio que pagó, sino también los perjuicios que García sufrió por el incumplimiento; que Arana denunció en ese juicio para el pago el terreno y que no le desconocía a Arana el carácter de dueño, pero que se oponía a la reivindicación y alegaba la buena fe de su ocupación. El Tribunal del conocimiento falló el pleito condenando a la restitución del terreno dentro de los tres días siguientes al en que demostrase Arana haber quedado satisfechas las obligaciones que García le cobró en el juicio ejecutivo aludido y que García debía pagar al actor los frutos naturales y civiles que hubiera percibido después de que Arana le hubiera satisfecho la obligación a que fue condenado. Recurrió en casación Arana acusando el fallo por violación de los artículos 970 y 2417 del Código Civil, por extensión del derecho de retención a obligaciones personales distintas de las emanadas del simple pago de mejoras y expensas hechas en la finca por el demandado.

"Considera la Corte: Evidentemente la tesis del Tribunal es una inmediata y directa aplicación al caso del pleito de la doctrina francesa sobre el derecho de retención, sin restricciones de ninguna clase, como se advierte del siguiente paso de la sentencia: 'Pudiera argüirse que el derecho de retención no puede extenderse a casos distintos de los establecidos en los textos legales, pero es lo cierto que en éstos las características son de institución general, sobreentendiendo el legislador la consagración de su principio; y por consiguiente, que las disposiciones que lo contienen son de carácter enunciativo y no restrictivo.' Así es, en efecto, de amplia la extensión que la doctrina y la jurisprudencia francesas le dan a ese derecho, y en los mismos términos que emplea el Tribunal la enuncian los expositores Colin y Capitant, citados en el fallo. En efecto, esos autores, al resolver la cuestión de si el derecho de retención puede aplicarse en casos distintos de los que consagran los textos legales, o, en otras palabras, de si el derecho de retención puede concederse a ciertos acreedores a quienes la ley no se lo otorga formalmente, dicen: 'Hoy día ya no se pone en tela de juicio que los textos del código relativos al derecho de retención tienen un alcance enunciativo y no restrictivo, que son aplicaciones de una institución general de la que el código ha cometido el error de sobreentender la consagración del principio, pero de los que toca al intérprete asegurar el funcionamiento en todas las hipótesis en que así lo ordenen los principios generales de nuestro derecho.' (Curso de Derecho Civil, tomo V, Editorial Reus, Madrid, 1925, página 121). Para el intérprete del derecho colombiano en realidad es sugestiva la extensión de la doctrina y de la jurisprudencia francesas, por ser común a ambas el origen de legislación, uno mismo el fundamento y características del derecho de que se trata, y la coincidencia de aplicaciones a casos particulares en los códigos colombiano y francés. De la observación de esos casos no se advierte que sean la consagración de un solo principio, pero sí de varios en que pueden agruparse. Por

Págs. Págs.

ejemplo, el derecho de retención es convencional, cuando el contrato lo constituye a favor del acreedor, en los casos de prenda y anticresis (arts. 2421, 2463 y 2467 del C. C. colombiano; 2082 y 2087 del francés). O lo concede la ley en desarrollo de la exceptio non adimpleti contractus, en consideración a la interdependencia de las obligaciones recíprocas entre partes ligadas por un convenio sinalagmático, a favor de la parte que en el desarrollo del contrato hubo de hacer gastos o inversiones no siempre previstas allí expresamente pero sí de contenido tácito (contrato de depósito, arts. 2258 y 2259 del C. C. colombiano y 1948 del francés); o lo concede la ley, fuera ya de todo vínculo contractual entre el dueño de la cosa y el retenedor, cuando hay debitum cum re junctum, es decir, siempre que el crédito haya tenido su origen con ocasión de la cosa retenida, como en el caso del comprador en feria, tienda, almacén, u otro establecimiento industrial, de cosa a non domino, quien no está obligado a restituirla si no se le reembolsa lo que haya dado por ella y gastado en repararla o mejorarla (art. 947 del C. C. colombiano y 2280 del francés). Con no menos propiedad pero con más precisión que el ejemplo anterior, el art. 970 del Código Civil colombiano consagra un caso en que el derecho de retención es un desarrollo inmediato del principio debitum cum re junctum, pues sin mediar contrato entre el poseedor o el tenedor vencido y el verus dominus que reivindica, aquél puede oponerle a éste el derecho de retención como un medio para hacerse pagar el valor de las expensas y mejoras hechas por él en el inmueble con ocasión de la cosa retenida. El Tribunal, en el fallo acusado, oficiosamente concedió el derecho de retención a favor del tenedor vencido, no por las expensas y mejoras a que expresamente se refiere el mencionado artículo 970 del Código Civil, sino por razón de otro crédito a favor del demandado, procedente del incumplimiento de una promesa de venta del inmueble de que se trata, crédito que por separado le cobra ejecutivamente el tenedor al prometiente vendedor, después de haber dado por resuelto el contrato de promesa y en donde, según constancias de autos, ha sido embargado el inmueble materia de la promesa en una extensión mayor. Como el Tribunal concedió al tenedor vencido el derecho de retención, no en virtud de las expensas y mejoras sino de un crédito de origen distinto existente entre las mismas partes, es claro que lo hizo en desarrollo de la exceptio non adimpleti contractus y no en el de debitum cum re junctum, como lo estima el Tribunal. El Tribunal reconoció el derecho de retención en el caso de que existía una simple reunión, en cabeza de una misma persona, de un crédito contra el propietario, derivado de un contrato anterior, y de una obligación de restitución para con ese mismo propietario. Tal extensión de la doctrina es inadmisible ante el texto claro del artículo 2417 del C. C., al tenor del cual 'no se podrá retener una cosa, del deudor en seguridad de la deuda, sin su consentimiento; excepto en los casos que las leyes expresamente designan.' Tales casos son los designados en los artículos 859, 947, 970, 1882, 1995, 2000, 2207, 2218, 2258, 2265, 2272, 2277, 2421, 2426, 2429, 2463 y 2497, principalmente, del Código Civil. De éstos, el único en que el acreedor, siempre que sea prendario, puede retener después de satisfecho el crédito la

Pág.

cosa que ha recibido en prenda para asegurar otros créditos contra el mismo deudor, es el designado por el art. 2425, con tal que se reúnan los tres requisitos que allí se indican. Pero el art. 970 del C. C. no da al poseedor vencido el derecho de retención sino por el saldo que tenga que reclamar en razón de expensas y mejoras; fuera del crédito por el saldo que así proviene, no puede autorizarse la retención de la cosa en desarrollo de la exceptio non adimpleti contractus, so pena de violar la disposición contenida en el art. 2417 del mismo código. El Tribunal sentenciador, al conceder la retención al tenedor vencido alegando que existía debitum cum re junctum, aunque, como se ha visto, realmente desarrolló la exceptio non adimpleti contractus, violó, por falta de aplicación, el art. 2417 del C. C., conforme al cual no le puede dar al derecho de retención la extensión que sí tiene según la doctrina francesa. No obstante que la anterior exposición que hace la Corte es suficiente para sustentar la casación del fallo, como el Tribunal, al aplicar el derecho de retención como institucional se apoya en forma expresa en la opinión de un comentador francés, estima la Corte que es oportuno y aun necesario exponer por su parte la doctrina, pero en toda su integridad, e historiar la evolución que en Francia ha sufrido en los últimos tiempos, poniéndola al día. Ese desarrollo ha sido el siguiente: Primer sistema: El derecho de retención no se aplica sino en los casos expresamente previstos por los textos y en la medida que ellos fijan. Laurent-Mourlon-Pont-Larombière. Laurent, Principios de Derecho Civil francés, tomo III, Nos. 284, 286, 293, 294). Segundo sistema: El derecho de retención existe fuera de

Pág.

los textos expresos de la ley bajo una doble condición: 1ª Que el crédito del retenedor tenga conexión con la cosa retenida; 2ª Que la retención se refiera a una convención, o al menos, a un cuasicontrato, y que la deuda, conexa a la cosa detenida haya nacido con ocasión de esta convención o de este cuasicontrato. (Aubry y Rau. Cours de Droit Civil Francais, tomo III, Nº 256 bis). Tercer sistema: Deja al poder discrecional del juez el cuidado de conceder o de rehusar el derecho de retención, a falta de un vínculo contractual entre las partes. (Demolombe, Cours de Code Napoleón, tomo IX, Nº 682). Cuarto sistema: Admite el derecho de retención con la sola condición de que haya conexión entre el crédito y la posesión de la cosa, y aunque haya o no entre las partes un vínculo contractual o cuasicontractual. (Guillouard, Traité du Droit de Retention, Nº 5 y ss.). Josserand: Cour de Droit Positif Francais, 2ª edición, tomo II, Nº 1648 y s., al hablar sobre la extensión de la aplicación de este derecho —oponible a terceros, existe erga omnes, es su tesis— y de notar que la consagran los artículos 1612, 1653, 1673, 545, 1749, 1948, 867 y 2280, se pregunta si en presencia de estas soluciones especiales es preciso atenerse sólo a ellas o bien considerarlas como indicadoras de un principio general, y resuelve que debe buscarse un denominador común para todos los casos, denominador común que para él es la noción del debitum cum re junctum. Los otros autores son menos precisos y se contentan con anotar el estado de la doctrina y de la jurisprudencia, o se pronuncian en una forma en extremo dubitativa sobre las concepciones que desean ver adoptadas por la jurisprudencia, sin dar la impresión de

Págs.

creerlo precisamente así. (Colin y Capitant, tomo II, página 777; Planiol y Ripert, Tratado Elemental, tomo II, Nº 2515; Planiol, Ripert, Esmein, Boeque, Tratado Práctico, tomo VI, Nº 444, tomo XII, Nº 109. Sobre estos sistemas ver el suplemento al Tratado de Baudry Lacantinerie, por Bonnecasse, tomo V, páginas 583 a 652), y especialmente el autor y su obra, a que en seguida se refiere la Corte. Finalmente, este último autor, Bonnecasse, Précis de Droit Civil, tomo II, 1934, Librería Rousseau, número 93, propone la fórmula siguiente: 'La existencia del derecho de retención es independiente tanto de la exceptio non adimpleti contractus y de todo vínculo contractual o cuasicontractual entre las partes, como de la noción del debitum cum re junctum: hay derecho de retención cada vez que un acreedor se encuentra provisto del control o señorío (maitrise) material sobre una cosa que pertenece a su deudor, bajo reserva de un texto contrario, o como también de la hipótesa, o que la cosa haya llegado a manos del acreedor por vías ilícitas y principalmente por la violencia.' (Colin y Capitant afirman, en cambio, que 'ningún autor ha sostenido que exista el derecho de retención en el caso de simple reunión en cabeza de una misma persona, de un crédito contra el propietario proveniente de un contrato anterior y de una obligación de restitución para con ese mismo propietario' (obra citada). La doctrina francesa ha podido evolucionar en esa forma, que encuentra su máxima aspiración en la fórmula de Bonnecasse, porque el legislador francés no limita la interpretación de la doctrina en la forma tan concluyente como se pronuncia el legislador colombiano, en el art. 2417 del Código Civil, en virtud del

Págs.

cual hay que tener por cierto que el derecho de retención en materias civiles no existe como regla general. Comoquiera que el artículo 2417 de nuestro Código Civil se halla colocado en el título relativo al contrato de prenda, pudiera pensarse en interpretar su segundo inciso en el sentido de que la cosa del deudor no se pueda retener como prenda, sin su consentimiento, es decir que la retención no se limite a una simple seguridad de la deuda, pero que no pueda el acreedor hacer con ella todo aquello que sí puede hacer con las cosas que tiene en prenda por razón de contrato, tal, por ejemplo, hacerla vender en pública subasta (art. 2422 del C. C.), y objeto de exclusión y de preferencia a su favor en caso de concurso. Pero esta interpretación del art. 2417, equitativa y deseable, no es posible porque a ella se opone terminantemente la clara historia legislativa del artículo en cuestión. En efecto, ese fue primitivamente el espíritu con que los redactores de nuestro código concibieron el artículo; pero la proposición no fue acogida, sino que, al contrario, fue desechada y en cambio se redactó y aprobó en definitiva el texto opuesto que hoy rige. En el proyecto del Código Civil chileno ese precepto correspondía al artículo 2559, que decía así: 'Se podrá retener una cosa del deudor como prenda, aun contra su voluntad, si la deuda fuere cierta y líquida, salvo en los casos especialmente exceptuados.' La comisión sustituyó esa fórmula por la que en sentido contrario fue adoptada y que es exactamente el artículo 2417 del Código Civil colombiano, idéntico al 2392 del civil chileno y que vino a ser el 2495 del Código Civil del Estado Soberano de Cundinamarca. En vista de estos antecedentes y de la

Págs.

realidad del precepto positivo, concluye la Corte que entre nosotros el derecho de retención no existe como principio general o institucional sino como caso de excepción cuando la ley expresamente lo consagra. Y que el Tribunal Superior de Pereira violó la letra y el espíritu del acotado artículo. El cargo del recurrente en casación es nítido y bien encaminado." (Casación, XLIV, Nos. 1914 y 1915, mayo 26 de 1936)..... 53, 1ª y 2ª, 54, 1ª y 2ª, y 55, 1ª y 2ª.

DERECHOS FUNDAMENTALES

- 88 -

Véase: en Leyes acusadas, lo que sobre este punto contiene la sentencia de la Sala Plena de la Corte de fecha 25 de febrero de 1937, G. J., Nos. 1920 y 1921..... 529, 2ª y sigtes.

DESACUERDO ENTRE LA SENTENCIA Y EL AUTO DE PROCEDER

- 89 -

Véase: Incongruencia en lo criminal. (Casación, XLIV, Nº 1916, agosto 5 de 1936).

DESPOJO

- 90 -

Lanzados unos individuos de una finca raíz en virtud de demanda de desahucio y lanzamiento, los desahuciados iniciaron demanda contra quien los había lanzado para que se decretase la nulidad del juicio de desahucio y para el pago de las mejoras que los lanzados tenían en la finca. Hechas las declaraciones pedidas el Tribunal sentenciador reformó el fallo de primera instancia en el sentido de declarar que los actores tenían derecho a seguir ocupando las porciones de terreno donde estaban las mejoras mientras no se ejercitasen y prosperasen contra ellos las acciones legales que competían al dueño del terreno, y al pago de perjuicios. Como recurriese en casación el demandado acusó la sentencia por violación de los artículos 977 y 1887 del Código Civil.

"Los demandantes no alegan dominio sobre el terreno de los mangones sino sus mejoras y reconocen sobre dichos mangones dominio ajeno. De modo, pues, que el presente litigio no puede entenderse como el ejercicio de ninguna acción que le dispute o le desconozca el derecho de dominio que tenga o pueda tener el demandado. Y éste es un extremo aceptado por las partes, aceptado por el Tribunal fallador y que está fuera del recurso. Siendo así las cosas todo el problema se reduce a averiguar la posesión jurídica de los demandantes respecto del demandado, en lo que atañe a las mejoras que aquéllos le reclaman. El concepto del despojo, según el artículo 282 de la ley 105 de 1890, vigente cuando se inició el juicio de desahucio y cuando se inició el presente litigio tenía lugar en tres casos: 1º Cuando se privaba a una persona de la posesión o tenencia de una cosa valiéndose de la fuerza. 2º Cuando en ausencia del poseedor o tenedor otro se apoderaba de la cosa y volviendo el tenedor o poseedor era repelido por la fuerza, y 3º Cuando la autoridad, fuera de los casos de la ley, privaba a cualquiera de la posesión o tenencia de la cosa, sin previo juicio. Los dos primeros ca-

Págs. Págs.

que nada tienen qué ver en este debate, es sólo el último el que debe estudiarse. La privación de la posesión o tenencia de una cosa no entraña despojo cuando es la consecuencia del cumplimiento de una sentencia. El concepto de despojo en el extremo que se estudia no tiene cabida sino cuando el poseedor es privado de la posesión, o el tenedor de la tenencia, por la autoridad, pero sin previo juicio. Cuando la pérdida o privación de la posesión o tenencia provienen de un juicio que posteriormente se declara nulo, las consecuencias jurídicas y legales son distintas y no puede decirse que en virtud de esa nulidad haya habido despojo, entre otras razones porque cuando se priva de la posesión o tenencia es de suponer que es en cumplimiento de un juicio que aún no ha sido declarado nulo, es decir, que rige mientras no venga la declaratoria de esa nulidad. El concepto de nulidad procesal y de sus consecuencias, y el concepto de despojo y también sus consecuencias, son bien distintas y en el último entra en juego el factor de arbitrariedad, por parte de las autoridades, que nada tiene qué ver cuando se trata de la nulidad adjetiva de un proceso judicial. Sigueso de lo anterior que no puede sostenerse que los demandantes en este juicio hayan sido víctimas de un despojo, en concepto que ya se ha expresado y si así hubiera sido, la acción de los despojados sería la del artículo 283 de la ley 105 de 1890. Los interdictos posesorios están dominados, desde el tiempo del Derecho Romano, por este concepto: posesión por una parte, perturbación o embarazo en el goce de la posesión por otra, perturbación, privación o embarazo de la posesión, por la acción directa de un tercero, con quien se supone no esté ligado el poseedor. Considerando que el poseedor es reputado como dueño, teniendo en cuenta que la posesión constituye un hecho jurídico, la ley protege a quien se halla en esa situación legal, contra las actuaciones y abusos de un tercero, que por sí y ante sí quiere desconocer ese estado. Pero cuando esa situación se varía, desconoce o modifica, a petición de un tercero y por medio de la autoridad, el principio fundamental de los interdictos posesorios desaparece y entonces el fenómeno jurídico y legal que se produce por esa privación o modificación en la posesión, es muy distinto del principio que domina en los interdictos posesorios. Fuera del caso de despojo, privación de la posesión o tenencia, sin previo juicio, por parte de la autoridad, no tiene lugar el ejercicio de las acciones posesorias cuando la autoridad por resolución es la que ha modificado el statu quo. El Tribunal fallador sin tener en cuenta lo que se discute en el juicio, sin considerar el fenómeno producido por el juicio de desahucio y lanzamiento, aplicó el artículo 977 al caso de la litis y en él fundó su sentencia, aplicación indebida, infracción por esta mala aplicación de la norma jurídica que acaba de citarse, porque en este litigio no se trata del ejercicio de las acciones posesorias, ni caben éstas por lo ya dicho. Al aplicar este artículo el Tribunal sacó como conclusiones el pago de perjuicios del demandado a los demandantes, y la restitución a éstos en la posesión de sus mejoras. Esta conclusión es del todo errada, por lo siguiente: a) porque no se trata de un juicio de despojo, ni del ejercicio de la acción del artículo 976 y por lo tanto el concepto del perjuicio no existe, y b) porque mediando el concepto de arrendamien-

Págs.

to entre demandante y demandado, concepto éste que en sus consecuencias se estudiará adelante, mal puede proceder la restitución toda vez que equivaldría a obligar a una de las partes, al demandado, a persistir o seguir en un contrato de arrendamiento, para el cual no tiene voluntad, porque el desahucio es la notificación de la cesación del arrendamiento y esta notificación la hizo Rivas Putnam por medio de la autoridad, cuando inició el juicio, con lo cual se acomodó a lo prescrito en el artículo 2009 del C. C. El lanzamiento es la consecuencia del juicio de desahucio, pero la expiración del arrendamiento tiene lugar, entre otros casos, cuando ha habido notificación del desahucio, notificación que puede ser judicial o extrajudicial. La aplicación del artículo 1987 del C. C., da también por resultado la infracción de esta otra norma y produce el fenómeno de aplicación indebida de ella, porque dicho artículo contempla el caso de una turbación que sufre el arrendatario, por el arrendador, directamente, por obra de éste, sin intervención de la autoridad, sin previo ejercicio de una acción." (Casación, XLIV, Nos. 1914 y 1915, agosto 20 de 1936) .... 116, 2ª, y 117, 1ª y 2ª

DICTAMEN PERICIAL

- 91 -

En un juicio en que se pedía el pago de una suma de dinero a los herederos de quien había sido tesorero de una sociedad, el Tribunal sentenciador había considerado irregular la prueba de dictamen pericial por la oficiosa adición o rectificación que uno de los peritos hizo a su dictamen, pues pensó el Tribunal que no es legal la rectificación o ampliación del dictamen pericial sin solicitud de parte o orden del juez.

"Ningún texto legal prohibe ni puede prohibir que uno de los peritos adicione, rectifique o modifique en general su propio concepto de oficio. Y cuando la adición o rectificación es suficientemente fundada y noblemente inspirada, como en el presente caso, ella es plausible y está dentro de los fines de la prueba. El Código Judicial prevé que las partes litigantes pidan explicaciones, ampliaciones y mayores fundamentos a los peritos y aun autoriza al juez para que de oficio las solicite cuando sea el caso, en orden a la precisión y claridad de la prueba y a la mayor información y certeza que ha de llevar al fallador. Y los expositores de pruebas judiciales contemplan la posibilidad muy frecuente en la práctica, de que un perito llegue hasta a rectificar su propio concepto y contradecir sus primeras conclusiones, sin que en tal caso la prueba llegue a ser irregular por ese motivo, sino que varía de fondo su contenido; y al prever que la fuerza de un dictamen puede contradecirse o contraprobarse con otros medios de prueba y aun con la notoriedad de hechos observados por el juez, o con presunciones de hombre dicen que la contraprueba más de fondo que puede imponérsele a un dictamen pericial es la rectificación oficiosa de un perito." (Casación, XLIV, Nos. 1918 y 1919, noviembre 30 de 1936) 505, 2ª

DINERO

- 92 -

Véase: Leyes acusadas. (Sentencia de la Sala Plena de la Corte, G. J., Nos. 1920 y 1921, febrero 25 de 1937) ..... 517, y sigtes.

Págs.

DOLO

- 93 -

El Tribunal sentenciador había declarado la rescisión por dolo de un contrato de compraventa demandada por Dabah & Compañía y Jorge Alberto Lemos contra Carlos Zamorano S. y éste había recurrido en casación de la sentencia acusándola, por primera causal, de violación de los artículos 63 y 1516 del Código Civil, por no existir la prueba del dolo. Dijo la Corte:

"Como es sabido, los expositores, estudiando los vicios del consentimiento, al considerar las relaciones entre el error y el dolo reconocen que éste conduce a aquél; pero justifican la distinción entre los dos, entre otras razones, acerca de las cuales cabe citar por lo procedente la de que cuando se alega el dolo como generador de nulidad, se requiere sólo acreditar, en las condiciones legales del caso, los hechos mismos en que consiste. (Véase por ejemplo, Bonecasse. Précis de Droit civil, tomo II, pág. 286 y siguientes). En otras palabras: un error de los que de suyo no alcanzarían a viciar el consentimiento, de conformidad con lo pertinente de los artículos 1509 a 1512 del C. C., en viniendo de dolo, por esta sola circunstancia si llega a ese extremo, si de otro lado, y apenas hay para qué advertirlo, concurren los demás elementos requeridos por el art. 1518 de que en seguida se hablará. Igualmente observa (y pueden citarse al efecto la obra Cours de Droit Civil Positif Francais de Josserand, vol. II, pág. 47 y siguientes, y la de Colin y Capitan, Cours elementaire de Droit Civil Francais, vol. II, págs. 38 y siguientes), que los hechos generadores de dolo van desde el embuste, las afirmaciones mendaces, la reticencia y aun el simple silencio, hasta las maquinaciones fraudulentas, según los casos, de acuerdo con las circunstancias y con la vida corriente y normal. Es de anotar que, en lo general, se miran con tolerancia benévola ciertos actos de que son ejemplo las exageraciones del vendedor sobre las excelencias de su mercancía, los que llegan a lo sumo al llamado dolus bonus y a producir acción de perjuicios; es el dolo malo el capaz de invalidar los contratos. Pero para llegar a tanto es necesario demostrar que sin él no se hubiera contratado: así lo establecen el art. 1515 del C. C. y el 1116 del francés. De ahí que en la distinción entre el dolo principal y el incidental, sea aquél (dolus dans causam contractui), el capaz de anular, como si se dijera que da acción de nulidad cuando ha dado causa, en otras palabras, cuando ha sido determinante. Este detalle o calidad es decisivo en el presente pleito, pues que hasta innecesario hace penetrar en los actos del demandado a fin de indagar si hubo en él la intención dañada que los demandantes afirman y el art. 63 del C. C. requiere para el dolo, siendo así que, aun en el caso de que la indagación diese ese resultado, con evidenciar que sin él no hubieran contratado los actuales demandantes, bastaría para desechar su pretensión, a la luz del citado art. 1515." (Casación, XLIV, Nos. 1918 y 1919, noviembre 23 de 1936) ..... 433, 2ª, y 434, 1º

Págs.

DOMICILIO

- 94 -

Muerta la señora María Sanín de Alcázar en el Municipio del Espinal

Págs. Págs.

sin dejar parientes de ningún grado y declarados herederos los Municipios del Espinal y Bogotá, demandó aquél ante el Juez de Circuito del Espinal la declaración de que habiendo tenido la señora de Alcázar su último domicilio en esa población era el único heredero de la causante. Obtenida esa declaración en las instancias, recurrió en casación el Municipio de Bogotá acusando el fallo del Tribunal de Ibagué por error de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas y por violación de la ley sustantiva en varios de sus artículos. Expuso la Corte, antes de analizar la sentencia acusada, la teoría general del domicilio de la manera siguiente:

"Unánimemente reconoce la doctrina francesa que las reglas del Código de Napoleón sobre el domicilio son vagas, deficientes y hasta contradictorias, y que como consecuencia de ello resulta con frecuencia muy difícil determinar el domicilio de una persona. Lo propio puede decirse de las normas jurídicas contenidas en el Título I de nuestro Código Civil. Distintas de las del Código de Napoleón, no son ni más claras ni más precisas ni más armónicas que éstas. Por el contrario, entre nosotros vino a agravar las dificultades de interpretación el hecho de que se adoptara la regla consagrada en el artículo 76 que los legisladores franceses, para no complicar más el problema, se negaron a adoptar no obstante que figuraba en el proyecto de código elaborado por Tronchet y sus compañeros de comisión. Como la deficiencia legislativa no ha sido suplida en Colombia por medio de la elaboración doctrinaria de una teoría general del domicilio, la Sala estima procedente, para el estudio del recurso interpuesto por el Municipio de Bogotá, exponer previamente su pensamiento sobre la cuestión global de la determinación del domicilio general o domicilio real. Las ideas dominantes respecto de la determinación del domicilio general aparecen consignadas en los artículos 75 y 78 del Código Civil, en los cuales el legislador colombiano —en vez de adoptar el criterio del artículo 102 del código francés que prescribe que el domicilio de todo francés está en el lugar en que tenga su principal establecimiento— instituyó que el domicilio consiste en la residencia acompañada, real o presuntivamente, del ánimo de permanecer en ella y que el lugar en donde un individuo está de asiento o donde ejerce habitualmente su profesión u oficio, determina su domicilio civil o vecindad. Pero esas ideas dominantes, ni aparecen allí completas ni son las únicas que el legislador suministra para la determinación del domicilio ni constituyen una definición científica de éste. Para precisar las ideas al respecto es menester distinguir —atendiendo para ello al modo de adquisición y siguiendo al efecto el sistema de clasificación propuesto por la doctrina más reciente (Beudant, Lerebours P. y Batiffol, Curso de Dr. Civ. Fr., 1936, T. II, números 435 y siguientes: Alessandri Rodríguez, Versiones taquigráficas de sus conferencias de Derecho Civil, De las personas, página 208)— tres especies de domicilio general: a) el domicilio legal, de derecho o de dependencia b) el domicilio de origen; y c) el domicilio de adquisición, o de escogencia o voluntario. DOMICILIO LEGAL, DE DERECHO O DE DEPENDENCIA.—En cinco casos se encarga la ley de imponerle directamente el domicilio a una persona: a) De acuerdo con el art. 88 el que vive bajo patria potestad sigue el

Págs. Págs.

domicilio paterno; b) Al tenor del mismo texto el que se halla bajo tutela o curaduría sigue el domicilio de su tutor o curador; c) Conforme al art. 97 la mujer casada sigue el domicilio del marido; d) Según el art. 89 los criados y dependientes tienen el domicilio de la persona a cuyo servicio están cuando residen en la misma casa que ésta; e) Los confinados y desterrados retienen el domicilio anterior mientras conserven en él su familia y el principal asiento de sus negocios, al tenor de lo dispuesto en el inciso 2º del art. 81. Ha de advertir que en la legislación francesa existe un sexto caso de domicilio de dependencia, el de los funcionarios vitalicios; pero entre nosotros al respecto sólo se consagra de manera general, para todas las personas que aceptan un empleo de los que regularmente se confieren por largo tiempo, una presunción sobre el ánimo de permanecer y avecindarse en el lugar donde van a ejercer sus funciones.—DOMICILIO DE ORIGEN.—Es el que se tiene en el momento en que se adquiere la capacidad de tener uno que sea personal y que se conserva hasta cuando se adquiere otro. No se confunde con el domicilio de dependencia porque éste es impuesto por la ley y aquél no. Pero casi siempre el domicilio de origen se determina por el de dependencia, como que al cesar éste la persona sigue teniendo, en calidad de domicilio de origen, el mismo que el legislador le había impuesto, mientras no se opere un cambio de acuerdo con los requisitos que se verán más adelante. (Baudant y Lerebours, P., Tomo II, número 445; Planiol et Ripert, Tomo I, número). Así, el que está bajo patria potestad tiene como domicilio de dependencia el paterno hasta el día en que llega a la mayor edad. Ese día deja de tener un domicilio de dependencia, pero tiene como domicilio de origen el mismo que la ley le había impuesto hasta ese día mientras no intervengan las circunstancias en razón de las cuales puede operarse un cambio de domicilio. Por supuesto que si el que está bajo patria potestad ejerce empleo o cargo público o profesión liberal o tiene industria u oficio en lugar distinto al del domicilio de su padre, podrá tener, además del domicilio de dependencia, un domicilio propio para todo lo concerniente al respectivo empleo, profesión o industria, de acuerdo con lo establecido en los artículos 290, 291 y 294 del Código Civil, y entonces será este último su domicilio de origen. Desde luego no es necesario siempre, para determinar un domicilio de origen, remontarse hasta el día de la mayor edad de la persona. Basta que ella —como en el caso de la mujer casada, o como en el caso de los criados y dependientes— haya tenido, en un momento cualquiera, un domicilio completamente cierto. Al cesar la imposición legal en razón de la cual esa persona tenía un determinado domicilio, ella conserva el que tenía en ese momento, pero ya no como domicilio forzado e impuesto por el legislador. Por eso se ha dicho que el domicilio de origen es el antiguo domicilio cierto del interesado, que se presume conservado por éste salvo prueba de la adquisición de un domicilio nuevo (Planiol et Ripert, Tomo I, número 159). Pero si bien es cierto que el domicilio de origen, por lo ya dicho, se determina casi siempre por el domicilio de dependencia, hay veces en que esto no es posible. Falta ese criterio de determinación del domicilio de origen especialmente en los siguientes casos: a) Cuando se trata de extran-

Págs. Págs.

jeros; b) Cuando es dudoso o desconocido el domicilio de las personas de quienes depende el individuo cuyo domicilio de origen se trata de determinar. En estos casos se presenta la necesidad de otro criterio para la determinación directa del domicilio de origen y es entonces cuando tienen especial aplicación los arts. 78 y 84 del C. Civil. No está por demás advertir que el domicilio de origen no se determina necesariamente por el lugar de nacimiento, porque la madre ha podido dar a luz fuera de su domicilio; que el domicilio de origen no es tampoco necesariamente el primer domicilio que se ha tenido porque el menor que sigue el domicilio paterno cambia de domicilio de dependencia tantas veces como cambie el suyo propio la persona bajo cuya patria potestad está. "Todo lo que puede decirse al respecto —concluyen los autores primeramente citados — es que el domicilio de origen es aquel que se tiene en el momento en que se llega a ser capaz de tener uno que sea personal, y que se conserva hasta el día en que se adquiere otro." La determinación del domicilio de origen reviste capital importancia porque se presume, hasta prueba en contrario, la conservación de tal domicilio (Planiol et Ripert, T. I, número . Alessandri Rodríguez, pág. 211). Partiendo del domicilio de origen es como, en principio, se determina el domicilio actual. Este será el mismo domicilio de origen mientras no se pruebe el cambio de domicilio. Solamente cuando es imposible determinar el domicilio de origen hay que acudir a otro procedimiento para determinar el domicilio actual, y entonces vuelven a tener especial aplicación los ya citados artículos 78 y 84. Como el hijo legítimo sigue el domicilio paterno, y el no está bajo patria potestad el de su tutor o curador; como el hijo natural sigue el domicilio de su guardador y como el hijo simplemente ilegítimo también sigue el domicilio de su guardador, si lo tiene, y si no, el de la persona a cuyo cargo está; en la generalidad de los casos el domicilio de origen —que comienza en el momento en que cesa la imposición legal determinante del domicilio de dependencia— será determinable, según lo dicho, por el mismo domicilio de dependencia, pues como la ley deja de imponerle domicilio a una persona, ésta no deja por eso de conservar el que tenía en el momento en que cesó la imposición legal. Y conocido el domicilio de origen se conocerá el actual porque: o ha habido un cambio de domicilio que reúna los requisitos legales, o se ha conservado el domicilio de origen.—DOMICILIO DE ADQUISICION O VOLUNTARIO. — CAMBIO DE DOMICILIO.—El domicilio de adquisición es aquel que una persona se escoge libremente cuando es apta para tener un domicilio propio, es decir, cuando no está en alguno de los casos que impone un domicilio de dependencia. Este es el domicilio que define el art. 79, y para cuya determinación se establece un sistema de presunciones en los artículos 79 y siguientes. La adquisición del domicilio voluntario —que, en principio, implica un cambio de domicilio— se verifica animo et facto. Es decir, que se requieren indispensablemente dos requisitos para que haya cambio de domicilio o adquisición de domicilio voluntario: la residencia en un lugar determinado y el ánimo real o presunto de permanecer en ese lugar. Si para el domicilio legal y para el domicilio de origen no es necesario la concurrencia de esos dos elementos, para el domi-

Págs.

cilio voluntario o para el cambio de domicilio, sí: la residencia, por larga que sea, si no va acompañada del ánimo de permanecer en ella, no implica cambio de domicilio de origen por un domicilio voluntario, ni es constitutiva del domicilio actual. Y a la inversa, el ánimo por sí solo si no hay efectivamente cambio de residencia, no basta para que se opere cambio de domicilio o para que se adquiera domicilio voluntario (Alessandri Rodríguez, primer año, Tomo I, página 215). El primero de los referidos elementos (cambio de residencia), es fácil de establecer. Se trata de un hecho material y tangible que cae bajo el dominio de los sentidos y se prueba sin dificultad por consiguiente. No acontece lo propio con el segundo de dichos elementos: el ánimo de permanecer en el lugar de la residencia. Por eso el legislador se vio obligado a entrar en el terreno de las presunciones, y al efecto —sobre la base de que el ánimo puede ser real o presunto— estableció: Que dicho ánimo se prueba: a) Por la manifestación expresa que se haga ante el respectivo prefecto o corregidor; b) Por las presunciones establecidas por los arts. 79 y siguientes, que son presunciones legales que admiten prueba en contrario. Según esos textos se presume el ánimo de permanecer y avecindarse en un lugar: a) Por el hecho de abrir en él tienda, botica, fábrica, taller, posada, escuela u otro establecimiento durable, para administrarlo en persona; b) Por el hecho de aceptar en dicho lugar un empleo fijo de los que regularmente se conceden por largo tiempo; c) Por otras circunstancias análogas. Y por el contrario, no se presume ese ánimo por el solo hecho de habitar un individuo por algún tiempo casa propia o ajena en él, en los siguientes casos: a) Si tiene en otra parte su hogar doméstico; b) Si por otra circunstancia aparece que la residencia es accidental. El art. 81 —que en realidad era innecesario— propiamente no consagra presunciones, sino que se limita a sacar una consecuencia necesaria de los principios antes expuestos, a saber: que el domicilio no se muda por el hecho de residir el individuo largo tiempo en otra parte, si conserva su familia y el asiento principal de sus negocios en el lugar anterior. Los otros dos textos aludidos (artículos 78 y 80) —no está por demás repetirlo— sólo contienen presunciones sobre la existencia o no existencia del ánimo de permanecer y avecindarse en un lugar, pero sobre la base de que dicho ánimo no es de por sí bastante para el cambio de domicilio, sino que necesita estar acompañado del otro elemento ya mencionado: la residencia en un lugar determinado. Y en cuanto al art. 82, es oportuno observar que aunque dice de manera impropia que se presume también el domicilio de la manifestación que se haga ante el respectivo prefecto o corregidor, del ánimo de avecindarse en un determinado distrito, no debe ser entendido en el sentido de que se pueda cambiar de domicilio por esa simple manifestación no acompañada del cambio de residencia, sino que debe ser entendido como el 104 del Código francés en el sentido de que la intención o ánimo puede preconstituirse y producirse directamente mediante esa manifestación. Cumple observar, finalmente, que el mismo art. 78 —según el cual el lugar donde un individuo está de asiento, o donde ejerce habitualmente su profesión u oficio, determina su domicilio— contiene también una presunción legal, de carácter más general

Págs.

Págs.

y que en cierto modo engloba las demás, sobre el ánimo de permanecer y avecindarse en un lugar determinado. De todo lo expuesto se deduce: a) Que cuando se trata de averiguar el domicilio actual de una persona lo procedente es investigar su domicilio de origen e investigar en seguida si ha habido cambio de domicilio mediante la concurrencia de los dos factores requeridos al efecto por la ley: residencia en un lugar determinado y ánimo real o presunto de permanecer en ese lugar; b) Que para lo primero, es decir, que para determinar el domicilio de origen, lo procedente es investigar ante todo el domicilio de dependencia, pues la persona conserva como domicilio de origen el que tiene como domicilio de dependencia en el momento en que cesa la imposición legal; c) Que en los casos excepcionales en que no es posible determinar el domicilio de origen por el de dependencia, la determinación de aquél se hace de acuerdo con las reglas de los artículos 78 y 84, siendo entonces posible que se llegue a la conclusión de que esa persona tiene varios domicilios; d) Que una vez determinado el domicilio de origen, éste es el que se tiene como domicilio actual mientras no se pruebe que hubo cambio de domicilio mediante la concurrencia de las dos condiciones destacadas por el artículo 76; e) Que sólo en los casos excepcionales en que es imposible determinar el domicilio de origen se determina directamente el domicilio actual de acuerdo con los artículos 78 y 84 tantas veces citados, y que entonces también puede ocurrir que se acrediten varios domicilios; f) Que, conocido el domicilio de origen —ya sea determinado por el de dependencia o ya sea determinado directamente— hay que presumir que dicho domicilio de origen se ha conservado mientras no se produzca la doble prueba del cambio de residencia y del ánimo real o presunto de permanecer en esa nueva residencia; g) Que de los dos requisitos a que alude el art. 76 (residencia y ánimo de permanecer en ella), el primero se prueba directamente por los medios ordinarios, y el otro de una de estas dos maneras: o por la manifestación hecha ante el prefecto o corregidor respectivo, o por presunciones que admiten prueba en contrario porque no son presunciones de derecho sino presunciones legales. De esta manera se armonizan, se explican y se concilian las diversas normas jurídicas, vagas y hasta contradictorias, contenidas en los capítulos segundo y tercero del título primero del libro primero del Código Civil, con respecto a las cuales puede establecerse, en síntesis, lo siguiente: a) Los artículos 87, 88 y 89 y el segundo inciso del 81 establecen, para cinco casos distintos, los llamados domicilios legales, o de derecho o de dependencia, e indirectamente sirven para determinar en los casos normales el domicilio de origen; b) Los artículos 78 y 84 suministran el criterio para determinar directamente en los demás casos el domicilio de origen, y consiguientemente el actual, si no ha habido cambios, así como para determinar directamente el actual cuando no es posible determinar el de origen; c) El art. 76 señala los requisitos necesarios para el cambio de domicilio o adquisición del domicilio voluntario, y consiguientemente para la determinación del domicilio actual cuando se conoce el de origen o el de dependencia; d) Los artículos 79 y 80 establecen simplemente un sistema de presunciones para la prueba de uno de los requi-

Págs.

Págs.

anos exigidos por el artículo 76, y el art. 92 señala el modo de prueba directa de ese mismo requisito." Concluye la Corte que el Tribunal no se cuidó ni poco ni mucho de averiguar si la señora de Alcázar había tenido en Bogotá su domicilio de origen para investigar en seguida si realmente concurrieron los requisitos legales para que se operara un cambio de ese domicilio por el del Espinal, y que, en consecuencia, fueron violados los artículos 76, 79 y 80 del Código Civil. (Casación, XLIV, Nos. 1914 y 1915, agosto 31 de 1935) ..... 123, 3ª, 124, 1ª y 2ª, 125, 1ª y 2ª, 126, 1ª y 2ª, y 127, 1ª

EJECUCION DE UN ADMINISTRADOR DE ADUANA CONTRA EL RESPONSABLE DE UN POSIBLE FRAUDE A LOS DERECHOS DE ADUANA

- 95 -

Había proferido auto ejecutivo el Administrador de una aduana contra unos importadores de mercancías, en cuyos manifiestos se había puesto la expresión "no desembarcada", u otra semejante, con el fin de evitar el pago de los derechos correspondientes. Los ejecutados opusieron la excepción de petición antes de tiempo fundándose en que habiéndose hecho la adulteración de los manifiestos para retirar las mercancías de la aduana sin pagar los derechos, era porque se había cometido un delito, del cual se había derivado provecho la compañía importadora, y que la acción para el cobro de los derechos no pagados no debía seguirse contra la compañía, antes de que se investigara el delito y resultara comprobado que los socios demandados eran cómplices o autores de aquel.

Págs.

"Ante la posibilidad de que en la acción penal resulte deducida la responsabilidad por el fraude a cargo de los empleados de la aduana, hipótesis en la cual, como ya se expresó, bien pudo ocurrir que los ejecutados en el presente juicio hubiesen pagado a la aduana el todo o parte de los impuestos que se les cobran, no parece lógico fallar la presente acción sin haberse decidido antes el mérito de la acción criminal. La acción civil para el cobro de los impuestos puede ser independiente de la acción criminal para el castigo de los responsables de un delito. Pero el modo como pudo ocurrir el fraude, en el caso de que se trata, con la intervención exclusiva o con la colaboración de empleados de la aduana, implica una relación directa entre el cobro que se persigue y el proceder de unos empleados recaudadores. Porque si los empleados son los autores de la maniobra, sin intervención alguna de los importadores, favorece a los demandados una bien fundada presunción de pago de los impuestos. Y mientras la intervención de tales funcionarios no sea esclarecida, no puede adelantarse con bases sólidas la presente acción ejecutiva. Y por este aspecto, en que la Corte la considera, aparece, pues, fundada la excepción propuesta de petición antes de tiempo, y así debe declararse." (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLIV, N° 1916 agosto 28 de 1936) .....

Pág.

EMBARGO DE INTERES SOCIAL

- 96 -

Luis Restrepo M. y Cía. había formado una compañía regular colectiva de comercio con algunos, entre los cuales figuraba Lucio Restrepo, cuyos derechos en la sociedad fueron rematados por Alfredo Chavarriaga, a quien se le declaró subrogado en ellos, y aunque se había disuelto la sociedad y se había nombrado liquidador al socio Luis Restrepo, Chavarriaga pidió judicialmente la liquidación de la citada sociedad y que se nombrase el correspondiente liquidador. El Tribunal sentenciador negó las peticiones de la demanda fundándose en lo siguiente: a) que así como la acción de partición del caudal hereditario sólo compete a los coasignatarios y en ningún caso a los acreedores del causante, de la misma manera sólo compete a los socios la acción para intervenir en la liquidación de una sociedad; b) en que no pudiendo haber adquirido el demandante el carácter de socio de la sociedad Luis Restrepo y Cía., no tenía acción para intervenir en la liquidación de ésta, y c) en que según el artículo 505 del C. de Co., sólo es dable retener, no embargar, la parte del interés que en la sociedad tuviere el socio. La Corte, interpretando por varios pasos de la demanda que lo que el actor invocaba era su interés para intervenir en la liquidación de esa sociedad y no su carácter de socio, casó la sentencia recurrida por Chavarriaga, y dijo:

"Embargo de interés social. — Al tenor del artículo 505 del C. de Co., los acreedores personales de un socio no podrán embargar durante la sociedad el aporte que éste hubiere introducido. Este principio es obvio, porque el aporte es de la sociedad y no del socio. Pero es muy distinto el interés del socio, el cual está al alcance de los acreedores de éste. Desde que existe el derecho de retención del interés es porque éste se puede embargar; la retención no es sino la forma de verificar el embargo en casos como éste. Vale la pena observar que el artículo 738 del C. de Co., relativo a cuentas corrientes, identifica los vocablos retención y embargo. Además, el interés de un socio en la sociedad no está incluido entre los bienes inembargables. De lo anterior resulta lo siguiente, a juicio de la Corte: el art. 505 del C. de Co. no se opone, sino antes bien permite, que el interés social en una sociedad disuelta sea embargado. — POSICION JURIDICA DE QUIEN EMBARGA EL INTERES DE UN SOCIO.—Sobre este particular es necesario hacer una distinción fundamental, considerando si se trata de una sociedad anónima o de una sociedad colectiva. En la primera, en que tiene papel esencial el factor llamado por algunos intuitu pecuniae y en que el elemento personal carece de importancia, el acreedor de un accionista que adquiere por cualquier título las acciones de éste, queda por ese mismo hecho accionista de la compañía anónima, consultando por otra parte sus estatutos. Así, pues, un tercero, que puede ser acreedor de un accionista cuando adquiere, en la forma debida las acciones de éste, queda haciendo parte de la sociedad anónima. En las sociedades colectivas, en las cuales el factor intuitu personae es el que predomina y en las que el principio de la solidaridad liga a los socios entre sí, el fenómeno jurídico que se presenta es distinto, y precisa para mayor claridad distinguir entre la sociedad

en curso y la sociedad disuelta. El acreedor de un socio puede obtener el embargo del interés que en la sociedad vigente o en curso tuviere el socio deudor. Comunicado este embargo al gerente o representante de la sociedad, debe acatar la orden judicial, haciendo la retención del caso. El acreedor, en el extremo que se contempla, no sólo tiene derecho a que se entregue al tiempo de la división social la parte del interés del socio deudor, sino también a perseguir lo que a este socio le corresponda por utilidades o dividendos conforme a la escritura social. El acreedor de un socio que ha rematado el interés de éste y se ha subrogado en sus derechos, tiene la facultad para intervenir en la liquidación y partición de la sociedad disuelta, porque de otra manera podría ser ilusorio su derecho. En ninguno de los dos casos anteriores el acreedor puede ser considerado como socio, por lo que ya se ha expresado; pero el interés del acreedor, en el primer caso, le da derecho a la retención y en el segundo, a la intervención en la partición del caudal social. De lo anterior se deduce esta conclusión: el subrogatario en el interés de un socio en una sociedad colectiva tiene derecho a intervenir en la liquidación y partición de ella, no en su carácter de socio, sino de subrogatario en el interés del socio deudor. A mayor abundamiento, cabe observar que el Código de Comercio en su artículo 24 obliga a todo comerciante en primer término: 'a denunciar a sus acreedores la liquidación de toda sociedad, sea legal o convencional, en que puedan intervenir como partes'; y en su artículo 26 confiere a los acreedores el derecho de 'intervenir' como partes legítimas en todas las liquidaciones que interesen a su deudor.' No cabe duda, por lo tanto, que Chavarriaga, acreedor del socio Restrepo y además particularmente rematador de los derechos de éste en la referida sociedad, en que quedó subrogado, según providencia del Juzgado ante el cual se seguía el juicio ejecutivo en que se celebró tal remate, adquirió el derecho de intervenir en la liquidación de que se trata. Los conceptos expresados hasta aquí coinciden con los de los comentadores de disposiciones análogas en la legislación francesa. Así, por ejemplo, se ve en la obra de René Cain (Guide formulaire des Societés Commerciales), edición de 1925, de donde se toman estos conceptos: 'Sabemos, además, que los acreedores pueden de manera general ejercer indirectamente los derechos de sus deudores en virtud del artículo 1116 del C. C. (el francés). Pero mientras dura la sociedad, hay varios de esos derechos cuyo ejercicio le está prohibido, y son los que se refieren a la persona de su deudor en la sociedad. Así, no podrían formar parte de las deliberaciones de los asociados, no podrían ejercer en el lugar y puesto de sus deudores las funciones de gerente; no podrían intervenir en ninguna forma en la dirección o vigilancia de la sociedad; no podrían pedir la liquidación en el caso de que esta atribución le esté conferida al socio deudor; no podrían tomar la parte de éste en la sociedad.' 'Pero sí tendrían el derecho de aprehender por medio de un decreto de embargo, por ejemplo, los dividendos que haya de recibir su deudor o los emolumentos a que pueda tener derecho como gerente particular. Después de la disolución de la sociedad podrían demandar la partición y la liquidación indirectamente, en el lugar y puesto de su deudor, cuyos intere-

Págs.

sea vigilarlos en su interés propio." (Pág. 67). El Tribunal, a juicio de la Corte, no enfocó el problema debidamente, sino que lo contempló por un extremo que nada tiene que ver con lo que se discute, en el fondo, en este litigio. Consideró que el demandante Chavarriaga no tiene por el hecho del remate la calidad de socio en la sociedad colectiva Luis Restrepo y Cía., lo cual es exacto; pero no contempló la cuestión fundamental, a saber: la posición jurídica de un acreedor en el interés de un socio, en una sociedad disuelta." (Casación, XLIV, números 1918 y 1919, septiembre 30 de 1936) ..... 439, 2ª, 440, 1ª y 2ª, y 441, 1ª

EMBARGO Y SECUESTRO PREVENTIVOS

- 97 -

"El artículo 292 del C. J. establece que el embargo y secuestro preventivos pueden pedirse ante el juez del lugar donde estén situados los bienes, aun cuando no sea competente para conocer del juicio. La disposición tiene carácter general en cuanto se refiere a toda clase de bienes, sin que distinga ni dé base a distinguir entre bienes de género y bienes de especie." (Auto, Sala de Negocios Generales, XLIV, Nº 1917, octubre 19 de 1936) 373, 2ª

EMBARGO POR CREDITOS DEL ESTADO

- 98 -

"El [inciso 1º del artículo 1198 del Código Judicial establece que el embargo y el secuestro recaídos conforme a las disposiciones sobre el juicio de venta o adjudicación de la cosa hipotecada pone fin a los efectuados en el juicio ejecutivo con acción personal.' ¿Qué alcance tiene esta disposición con respecto al embargo decretado con acción personal en un juicio en que el Estado es parte y se endereza a obtener el pago de impuestos a él debidos? En otros términos, el embargo ordenado por el Juez 6º del Circuito de Bogotá de la casa de propiedad de la señorita González Tolosa en el juicio de venta contra ella seguido por la señorita Montañez, debe prevalecer sobre el decretado con anterioridad por el recaudador en ejercicio de la jurisdicción coactiva? La ley civil proclama el principio de que ante ella no todos los créditos son iguales al establecer la primacía de unos sobre otros con respecto a la solución de las obligaciones que comportan. Hay prelación en los créditos, y las causas de preferencia solamente son el privilegio y la hipoteca. Gozan de privilegio los créditos de la primera, segunda y cuarta clase. Los créditos hipotecarios están catalogados como de la tercera clase; en cambio, los créditos del Fisco por concepto de impuestos devengados lo están en la clase primera. (Artículos 2493, 2494, 2495, 2499 del Código Civil). La ley procedimental, cuyo objeto es la efectividad de los derechos concedidos por la ley sustantiva, ha de ser interpretada en su artículo 1198, inciso 1º, a la luz de los preceptos civiles ya vistos. Y así, fluyen las siguientes conclusiones: A pesar de la aparente generalidad de la disposición consagrada en el numeral 1º del artículo 1198 mencionado: 'El embargo y secuestro decretados conforme a este título (el de venta del bien hipotecado), pone fin a los

Págs.

efectuados en el juicio ejecutivo con acción personal", su alcance está condicionado por normas de derecho superiores que reconocen privilegios a ciertos créditos y los dotan de preeminencia sobre los créditos hipotecarios. Tal disposición procedimental, que en ningún caso puede primar sobre una disposición de orden sustantivo, sólo tiene vigencia en tratándose de embargos decretados en juicios que se promuevan por acreedores de la cuarta o de la quinta clase, pero en manera alguna puede hacer a un crédito que la ley civil reconoce como de tercera clase de mayor eficacia y virtualidad que otro calificado por la misma ley civil en primer rango." (Auto, Sala de Negocios Generales, XLIV, Nos. 1918 y 1919, noviembre 7 de 1936) ... 568, 2ª, y 569, 1ª

EMPLEADOS DE MANEJO QUE SUMINISTRAN VALES

- 99 -

Véase: Vales suministrados por los empleados de manejo. (Sentencia del 19 de octubre de 1936, G. J., Nº 1917) 384, 2ª

ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA. REPETICION POR PAGO DE LO NO DEBIDO

- 100 -

En el concepto de que había hecho un pago que no debía demandó la empresa denominada Cine Colombia al Municipio de Medellín para la devolución de las sumas de dinero indebidamente pagadas. Como perdiese el pleito la compañía actora y ésta recurriese en casación, la Corte casó la sentencia recurrida y en los razonamientos de instancia expuso lo siguiente sobre la teoría del enriquecimiento sin causa:

Pág.

"A falta de una fórmula dogmática en nuestro C. Civil, como existe, tanto en las legislaciones suiza y alemana como en las posteriores a éstas, relativa al enriquecimiento sin causa, fuente de obligaciones, la jurisprudencia (entre nosotros con apoyo en los artículos 5, 8 y 48 de la ley 53 de 1887. Consúltense las sentencias de 19 de agosto y 19 de septiembre de 1935, las cuales contienen esta misma teoría), y la doctrina se han encargado de establecer su fundamento, delimitando el ámbito de su dominio y aplicación y precisando sus elementos constitutivos. El enriquecimiento sin causa estriba en el principio general de derecho de que nadie puede enriquecerse torticeramente a costa de otro. Los casos especiales de enriquecimiento sin causa contenidos en nuestro Código Civil, notoriamente en lo referente al pago de lo no debido, no destruyen la unidad de esta noción de derecho, fuente de obligaciones, por cuanto las aludidas normas de aquella obra divergen sólo en las particularidades de esos casos. Cinco son los elementos constitutivos del enriquecimiento sin causa, sin cuya reunión no puede existir aquél, a saber: 1º Que exista un enriquecimiento, es decir, que el obligado haya obtenido una ventaja patrimonial, la cual puede ser positiva o negativa. Esto es, no sólo en el sentido de adición de algo sino también en el de evitar el menoscabo de un patrimonio. 2º Que haya un empobrecimiento correlativo, lo cual significa que la ventaja obtenida por el enriquecido haya costado algo al empobrecido, o sea que a expensas de éste se haya efectuado el enriquecimiento. Es necesario aclarar que la ventaja del enri-

Pág.

quecido puede derivar de la desventaja del empobrecido, o, a la inversa, la desventaja de éste derivar de la ventaja de aquél. Lo común es que el cambio de la situación patrimonial se opere mediante una prestación dicha por el empobrecido al enriquecido, pero el enriquecimiento es susceptible de verificarse también por intermedio de otro patrimonio. El acontecimiento que produce el desplazamiento de un patrimonio a otro debe relacionar inmediatamente a los sujetos activo y pasivo de la pretensión de enriquecimiento, lo cual equivale a exigir que la circunstancia que origina la ganancia y la pérdida sea una y sea la misma. 3º Para que el empobrecimiento sufrido por el demandante, como consecuencia del enriquecimiento del demandado, sea injusto, se requiere que el desequilibrio entre los dos patrimonios se haya producido sin causa jurídica. En el enriquecimiento torticero, causa y título son sinónimos, por cuyo motivo la ausencia de causa o falta de justificación en el enriquecimiento, se toma en el sentido de que la circunstancia que produjo el desplazamiento de un patrimonio a otro no haya sido generada por un contrato o un cuasicontrato, un delito o un cuasidelito, como tampoco por una disposición expresa de la ley. 4º Para que sea legitimada en la causa la acción de in rem verso, se requiere que el demandante, a fin de recuperar el bien, carezca de cualquiera otra acción originada por un contrato, un cuasicontrato, un delito, un cuasidelito, o de las que brotan de los derechos absolutos. Por lo tanto, carece igualmente de la acción de in rem verso el demandante que por su hecho o por su culpa perdió cualquiera de las otras vías de derecho. El debe sufrir las consecuencias de su imprudencia o negligencia. 5º La acción de in rem verso no procede cuando con ella se pretende soslayar una disposición imperativa de la ley. El objeto del enriquecimiento sin causa es el de reparar un daño, pero no el de indemnizarlo. Sobre la base del empobrecimiento sufrido por el demandante, no se puede condenar sino hasta la porción en que efectivamente se enriqueció el demandado. El artículo 2313 del C. C. en nada modifica los supuestos y efectos anotados. Exige sí, para el pago de lo no debido, la presencia además de estas dos condiciones: a) Que la prestación se haya hecho con la intención de cumplir con ella una obligación, y b) Que la deuda no exista al tiempo de la prestación, sea porque ya estaba extinguida, sea porque nunca haya existido. Supuesto de la primera condición es, por lo tanto, el error, porque si el pago se hace a sabiendas de que no se estaba obligagado a ello, mal podría haber lugar a repetir. Por lo demás, no obsta que ese error sea de derecho o inexcusable." (Casación, XLIV, Nos. 1918 y 1919, noviembre 19 de 1936)..... 674, 1ª y 2ª, y 675, 1ª

Pág.

ERROR

- 101 -

El error que puede prosperar en casación sobre apreciación de pruebas tiene, en su caso, que ser manifiesto. (Casación, XLIV, Nos. 1918 y 1919, noviembre 13 de 1936).. 537, 1ª

ERROR

- 102 -

En un juicio en que se pedía la declaración de una servidumbre de acueducto en favor de cierto predio,

el demandado recurrente en casación acusó la sentencia por violación de la ley, proveniente de apreciación arrónea, y de falta de apreciación de determinadas pruebas. Se transcribían pasajes de dictámenes periciales rendidos con ocasión de sendas inspecciones oculares y se citaban como violados, por indebida aplicación, los artículos 722 y 730 del Código Judicial.

"El error de derecho en la apreciación de la prueba, a fin de que prospere, requiere ante todo que los artículos legales invocados impongan una fuerza probatoria a la prueba desestimada en la sentencia, o bien priven de eficacia a la que sirvió de fundamento esencial para el fallo. Los artículos 722 y 730 del C. Judicial son, para este caso, inoperantes en casación, a causa de que únicamente regulan la fijación procesal de la verdad. Tales artículos no imponen al juez pauta para apreciar la prueba en determinado sentido, porque ello sería constreñirlo a alterar la convicción que él se forma sobre el hecho discutido, teniendo en cuenta los requisitos que esos preceptos exigen para que, verificados, el hecho extremo lo estime plenamente probado. En la hipótesis de error de hecho, es necesario tener presente que cuando se combate el criterio jurídico de un Tribunal, no basta oponerle, como lo ha hecho el recurrente, el criterio particular suyo, sino que se hace indispensable demostrar el error manifiesto padecido por el sentenciador." (Casación, XLIV, Nos. 1914 y 1915, abril 30 de 1936) (1)....

Pág. 69, 2º

(1) Concordancias: véanse las doctrinas que contienen los números 1463, 1437, 1471, 1474, 1478, 1482, 1485, tomo 1º, JURISPRUDENCIA DE LA CORTE; 869, 872, 873, 876, 877, tomo 2º, y 1512, 1522, 1523, etc., tomo 3º.

ERROR ARITMETICO

- 103 -

"...El error numérico a que se refiere la ley es el que resulte de la operación aritmética que se haya practicado, sin variar o alterar los elementos numéricos de que se ha compuesto o que han servido para practicarla; es decir, que sin alterar los elementos numéricos, el resultado sea otro diferente; habría error numérico en la suma de 5, formada por los sumandos 3, 2 y 4." (Auto, Sala de Casación Civil, XLIV, Nos. 1918 y 1919, febrero 11 de 1937) Pág. 570, 1º

ERROR DE HECHO

- 104 -

"Para que prospere la acción de nulidad relativa fundada en la especie de vicio del consentimiento consistente en error sobre la identidad específica de la cosa (art. 1510 in fine), es necesaria la prueba de tres elementos, a través de los cuales el juzgador pueda deducir que hubo ese error en el consentimiento de uno de los contratantes: Que se tuvo una determinada creencia; que esa creencia no correspondió a una realidad; y que esa creencia fue determinante, es decir, que si se hubiera descubierto el error, no se hubiera determinado una de las partes a contratar." (Casación, XLIV, Nos. 1918 y 1919, agosto 25 de 1936) (1) .....

Pág. 425, 2º

(1) Véanse las doctrinas de casación que contienen los números 1477, 1479, tomo 1º, JURISPRUDENCIA DE LA CORTE.

Pág.

ERROR EN LA APRECIACION DE PRUEBAS

- 105 -

En un juicio sobre nulidad de un testamento, restitución de bienes, etc., se tachaba la sentencia recurrida, entre otros cargos, por el de error en la apreciación de pruebas.

"Este error no basta por sí solo al recurso de casación. La sola demostración de él, sea manifiesto de hecho, sea de derecho, sea de ambos, no es suficiente para romper la sentencia recurrida, en su caso, sino que debe, además, formularse y demostrarse el cargo de violación consecuencial de una o más disposiciones sustantivas." (Casación, XLIV, números 1918 y 1919, octubre 3 de 1936) 449, 1º

ERROR EN LA APRECIACION DE LA PRUEBA DEL CUERPO DEL DELITO

- 106 -

"El error a que se refiere la causal tercera es un error sobre los elementos materiales o sobre los elementos jurídicos que destacan el hecho punible y lo colocan dentro de las clasificaciones en que la ley positiva considera genéricamente las diversas trasgresiones punibles. La separación de estos dos conceptos, es decir el material y el moral, la acentúa la ley en el art. 79 de la ley 100 de 1892 cuando, consagrando la fórmula procedimental del interrogatorio al Jurado, estatuye como base hechos para preguntar sobre la responsabilidad del sindicado, al Jurado." (Casación, XLIV, Nº 1916, septiembre 25 de 1936)... 223, 1º

Pág.

ESTADO CIVIL

- 107 -

No hallada en los libros parroquiales una partida de bautismo, matrimonio o defunción, la reparación de la omisión de esa partida requiere una sentencia eclesiástica, conforme lo prescribió la Conferencia Episcopal del 28 de octubre de 1927. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLIV, Nº 1916, junio 22 de 1936) ..... 246, 1º y 2º

ESTIPULACIONES CONTRARIAS A LA POTESTAD MARITAL Y AL REGIMEN DE COMUNIDAD

- 108 -

Véase: Potestad marital y comunidad de bienes. (Casación del 15 de diciembre de 1936 ,G. J., Nos. 1920 y 1921, págs. 687, 2ª y 688, 1ª).

EXCEPCIONES

- 109 -

En el juicio sobre ejecución de sentencias a que alude el art. 553 del Código Judicial, no son admisibles excepciones. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLIV, Nos. 1920 y 1921, febrero 11 de 1937). 765, 2º

EXCEPCION PERENTORIA

- 110 -

En el juicio ejecutivo que siguió el doctor Rodolfo Danies contra el Departamento del Magdalena para el pago de unos honorarios, alegaba el apoderado del Departamento que el convenio de compromiso entre el Gobernador del Departamento y el

Págs.

ejecutante, sobre constitución del tribunal de arbitramento, no fue sometido a la revisión del Tribunal de lo Contencioso de Santa Marta.

"No puede la Corte entrar en el estudio de esta alegación porque ella no fue propuesta ni sustentada como excepción en la primera instancia, ni el hecho en que se apoya se dedujo como base de una excepción que en el incidente respectivo hubiera de alegarse posteriormente. No es el caso de dar aquí aplicación a lo dispuesto en el art. 343 del C. J., que previene al juez reconocer en la sentencia una excepción perentoria, aunque no se haya propuesto, cuando halle justificados los hechos que la constituyen, porque tal disposición no es aplicable a los juicios ejecutivos, por la naturaleza de éstos." (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLIV, Nº 1917, octubre 10 de 1936) 381, 1ª

EXHIBICION

- 111 -

Se había pedido "la exhibición, en lo pertinente, de los libros, correspondencia y documentos existentes en las oficinas de la entidad demandada, como Secretaría de Hacienda, Administración de Hacienda, Contraloría, o otra u otras, en que se hayan llevado las cuentas de las operaciones de préstamos hechas por The Anglo South American Bank Limited a dicho Departamento, etc." Entre los reparos que se hacían al auto del Tribunal de Bogotá que ordenó la exhibición, se hablaba de la absoluta indeterminación de los libros, documentos y papeles cuya exhibición se pedía.

Págs.

"La Sala observa: En el memorial en que la prueba se solicitó fue pedida la exhibición 'en lo pertinente' de los libros y documentos en que se hayan llevado las cuentas de las operaciones de préstamos hechas por el Banco al Departamento y los pagos parciales y las renovaciones desde el 13 de abril de 1931. Establecido, como lo está, para los efectos del incidente, que los documentos cuya exhibición se pide se hallan en poder del demandado, lo que se ha deducido de una fundada presunción, no se ve cuál haya de ser la dificultad para que tales libros y documentos puedan ser exhibidos y examinados 'en lo pertinente' a las demostraciones que se intenta establecer. No se trata de un examen general de todos los libros y demás documentos que se llevan a la oficina del Departamento, o que se hallan en sus archivos; sino tan sólo de aquellos en que se hayan llevado las cuentas de las operaciones hechas por The Anglo South American Bank Limited al Departamento de Cundinamarca en un período limitado de tiempo. Si los libros y las cuentas en general del Departamento están, como deben estarlo, arreglados a las prescripciones técnicas correspondientes y a la verdad, en ellos deben aparecer registradas las operaciones de préstamos, renovaciones y abonos a que la prueba se refiere. Ya la Sala en otra oportunidad interpretó con el criterio con que ahora lo hace las disposiciones legales referentes a la prueba de exhibición de documentos, y dedujo que no era necesario, en su concepto, para que la exhibición fuese decretada, que se hubieran particularizado, en forma análoga a la que el señor apoderado del Departamento estima indispensable, los documentos materia de la exhibición." (Auto, Sa-

Pág.

la de Negocios Generales, XLIV, Nº 1917, octubre 19 de 1936) (1) .. 372, 2ª, y 373, 1º

EXIGIBILIDAD DEL SALDO DEFINITIVO DE UNA CUENTA CORRIENTE

- 112 -

Véase: Cuenta corriente. Casación del 23 de julio de 1926, G. J., número 1917.

FALSIFICACION DE MONEDA

- 113 -

Yerra el Tribunal sentenciador al apreciar la prueba del cuerpo del delito cuando profiere sentencia condenatoria por circulación de moneda falsa a pesar de que los conceptos periciales afirman haber sido tan imperfecta la imitación de la moneda legítima que 'no pueden darse a la circulación' las falsas monedas. Un hecho como el incriminado se podría considerar, según el caso, más bien como un delito imperfecto de falsificación. Cuando el auto de proceder no llama a juicio por doble delito de falsificación sino por uno consistente en la fabricación de falsas monedas de plata y de níquel, la sentencia no puede condenar por doble delito, pues, dada la unidad de agente, de acto y de fin, no hay un concurso real de delitos sino un concurso meramente ideal o formal." (Casación, XLIV, Nº 1917, diciembre 5 de 1936) .....

Pág.

365, 1º y 2º

FIANZA DE LOS EMPLEADOS DE MANEJO

- 114 -

"De acuerdo con el artículo 14 del Decreto Ley 911 de 1932, si la Contraloría de la República no otorga su aprobación a una fianza, acto para el cual está ampliamente autorizada, ella no es más que un simple proyecto que no tiene validez legal. Una fianza no aprobada por el Contralor es un acto ineficaz desde el punto de vista fiscal, y también es inválido legalmente para satisfacer los fines que la propia fianza persigue, que son los de asegurar el manejo del empleado. Conforme al art. 293 del Código Fiscal, el empleado que posesione a otro de manejo sin que por éste se hayan llenado las condiciones que las leyes fiscales exigen para ello, se hace responsable solidariamente de los alcances que se puedan deducir al último." (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLIV, Nos. 1920 y 1921, enero 29 de 1937) .....

766, 1º y 2º

FILIACION

- 115 -

Habiendo sido declarado Rafael Paredes heredero ab intestato de Epaminondas Navarrete, se presentaron en juicio ordinario José María Navarrete y otros pidiendo se declarase que Rafael Paredes no era hijo de Epaminondas Navarrete y Dolores Paredes; que no era heredero ab intestato en la sucesión de aquél,

(1) Concordancia: cita la Corte el auto del 7 de mayo de 1936, proferido en el juicio de cuentas del Departamento del Tolima contra The Dorada Railway Company Limited.

y como hijo legítimo, si legitimado, o por ningún otro concepto; que los actores sí eran herederos ab intestato y como legitimarios de su padre legítimo Epaminondas Navarrete, y que Paredes no tenía ningún derecho en la sucesión de Navarrete. Como declarase el Tribunal sentenciador todas las peticiones de la demanda, recurrió en casación el demandado, acusando el fallo por varios motivos que la Corte pudo deducir de la demanda de casación, que era un galimatías, entre ellos los de violación de algunos artículos del Código Civil del antiguo Estado Soberano del Cauca, correspondientes a sus similares del actual Código Civil. Examinando los cargos, dijo la Corte:

"Como el demandante ha involucrado en todo este litigio dos cuestiones tan fundamentalmente distintas, como son la prueba de la filiación legítima materna y la prueba de la filiación legítima paterna, la Sala estima necesario, para la debida claridad del fallo, exponer la verdadera doctrina al respecto: Para establecer la filiación legítima de una persona es menester: a) La prueba de que la mujer designada como madre ha dado a luz un hijo y la demostración de que éste es el mismo cuyo estado civil se discute (prueba de la maternidad); b) La prueba de que esa mujer es o estaba casada (prueba del matrimonio); c) La prueba de que la concepción se verificó durante el matrimonio; d) La prueba de que el marido de esa mujer es el padre de la persona cuya filiación se discute (prueba de la paternidad). (Véase Alessandri Rodríguez, Versiones Taquigráficas de la cátedra de Derecho Civil, tercer año, 1932; Planiol et Ripert, II, 736; Colin et Capitant, I, Nº 226). Es claro que cuando se trata, como en este caso, de un individuo que pretende ser legitimado no es necesario el tercero de los requisitos indicados y que el segundo de tales requisitos tiene que ser entendido naturalmente en el sentido de que el matrimonio ha podido ser posterior no sólo a la concepción sino al nacimiento del niño. Respecto de los otros dos requisitos, que son los que el recurrente ha confundido, son pertinentes las siguientes observaciones: Maternidad. La prueba de la filiación legítima materna implica la demostración, por una parte, del parto de la mujer casada, y por otra parte, de la identidad entre el niño que esa mujer dio a luz y el que pretende ser hijo de ella. (Colin et Capitant, I, Nº 227; Josserand, I, Nº 1013 y siguientes). Esa prueba es distinta de la prueba de la paternidad y anterior a ésta, aunque es la base de la presunción de paternidad. Es distinta, porque puede producirse directamente, por la naturaleza misma de las cosas, a tiempo que la filiación legítima paterna no es susceptible de prueba directa y absoluta sino que tiene que ser establecida por presunciones. Y es anterior, porque sólo en cuanto se haya establecido el hecho del parto de la mujer casada y la identidad del hijo dado a luz por ésta con aquel cuyo estado se discute, puede haber lugar a la atribución legal de la paternidad, susceptible de prueba en contrario. (Planiol et Ripert, II, 703; Josserand, I, 1036; Colin et Capitant, 1226; Alessandri Rodríguez, obra citada; Champeau y Uribe, Nº 241; Beudant y Lerebeurs-Pigeonniere, tomo III, Nº 940). El modo normal de producir la prueba de la maternidad es el de la presentación de la respectiva partida de bautismo o acta de nacimiento. Subsidiariamente se puede probar la mater-

Págs.

nidad por otros documentos auténticos, por declaraciones de testigos que hayan presenciado los hechos constitutivos del estado civil de que se trata y por notoria posesión de tal estado. (Planiol et Ripert, II, Nº 740; Colin et Capitant, I, Nº 230; Josserand, I, 1013 y siguientes). Paternidad. Partiendo de la idea racional de que la paternidad es un hecho que no se puede demostrar directamente, la ley establece, para la prueba de la filiación legítima paterna, la presunción consagrada por el artículo 214 y para la prueba de la filiación legitimada la presunción del artículo 237. (Champeau y Uribe; Planiol et Ripert, II, Nº 769; Colin et Capitant, I, Nº 237; Josserand, I, Nº 1036; Beudant, III, Nº 995). La primera de esas presunciones se apoya en la circunstancia de que ha debido haber relaciones sexuales entre la mujer y el marido y de que aquella le ha debido ser fiel a éste. Por eso se llama presunción de cohabitación y fidelidad. La segunda se funda en que el hombre que se casa con una mujer en cinta es porque tácitamente reconoce la paternidad del niño que está por nacer. (Colin et Capitant, I, Nº 237; Josserand, I, Nos. 1036 y 1039; Planiol et Ripert, II, Nº 770). Pero esas presunciones no son irrefragables. La ley le permite en ciertos casos y bajo ciertas condiciones al marido desconocer la paternidad del hijo dado a luz por su mujer y concebido durante el matrimonio o antes de éste. Es esta la acción de desconocimiento o impugnación de la paternidad a la cual se refieren los arts. 214 y siguientes del C. C., pertenecientes al capítulo X del C. Civil. Ese capítulo está íntegramente consagrado a la presunción de paternidad de que antes se habló y a la acción mediante la cual puede destruirse esa presunción en caso de absoluta imposibilidad física por parte del marido de tener acceso a la mujer, en caso de adulterio, acompañado de otras circunstancias, y en caso de abandono por la mujer del domicilio conyugal. Es esa acción la que no puede ser promovida sino dentro de los cortos plazos señalados por el art. 217 y la que, en principio, le está reservada exclusivamente al marido. Es obvio que para que tal acción tenga cabida es menester que la presunción de paternidad haya tenido lugar y para que ésta tenga lugar es indispensable que no haya duda sobre la filiación legítima materna. (Champeau y Uribe; Planiol et Ripert, II, Nº 713; Beudant, III, Nº 995). "Salvo el caso de que haya reconocimiento o confesión del padre —dicen Planiol et Ripert, III, Nº 703— las presunciones de paternidad no tienen cabida sino cuando se conoce la madre del niño. Por lo demás, es según la fecha del parto de la madre como puede determinarse la fecha de la concepción y por consiguiente la probabilidad de la paternidad. Es necesario, pues, establecer en principio la anterioridad de la prueba de la maternidad, con relación a la prueba de la paternidad." "Para que la atribución legal de la paternidad al marido pueda tener cabida—agregan los mismos autores, Nº 774—se necesita que la prueba de la filiación del niño con respecto a la mujer de ese hombre se haya presentado." Distinguidas así nítidamente la prueba de la filiación legítima materna y la prueba de la filiación legítima paterna; destacada la anterior de aquélla con respecto a ésta y la necesidad de que la maternidad esté acreditada para que haya lugar a la presunción de paternidad y para que sea posible y procedente la ac-

ción de desconocimiento o impugnación de paternidad; deslindadas las dos cuestiones que el recurrente ha involucrado y destacada la circunstancia esencial de que el Capítulo I del Título X, al cual pertenecen los textos que el recurrente considera violados, versa exclusivamente sobre presunción de paternidad y modo de desvirtuar esa presunción, es procedente ahora hacer notar que la acción promovida por los señores Navarretes en el presente juicio no es una acción de desconocimiento o impugnación de paternidad tendiente a desvirtuar la presunción legal del art. 214 del C. C., sino una acción de impugnación de la filiación materna de Rafael Paredes, completamente ajena a la citada presunción del art. 214 y tendiente a establecer que el aludido Paredes no fue dado a luz por doña Dolores Paredes." (Casación, XLIV, Nos. 1914 y 1915, julio 31 de 1936).....

Págs. 102, 1ª y 2ª, y 103, 1ª y 2ª

FUERZA MAYOR O CASO FORTUITO ALEGADA EN CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

- 118 -

En un juicio sobre pago de perjuicios que intentó contra la Nación el contratista de unos correos, alegaba que la resolución de caducidad del contrato proferida por el Gobierno se fundaba en hechos que estaban exonerados de responsabilidad porque procedían de fuerza mayor o caso fortuito.

"La fuerza mayor o el caso fortuito tienen igual sentido en nuestro Derecho: el Código Civil las usa indistintamente. La fuerza mayor es una noción esencialmente contractual, y se define como el hecho extraño a la voluntad del obligado y que él no ha podido prever ni impedir, pero que le coloca en la imposibilidad de cumplir sus obligaciones. La constituyen, pues, tres elementos esenciales: imprevisión, porque si una de las partes la hubiera previsto habría responsabilidad, y no fuerza mayor; inevitabilidad del hecho; imposibilidad de cumplir la obligación. En los contratos administrativos de la clase del contemplado ahora tienen carácter de fuerza mayor los siguientes hechos: a) Las inundaciones y crecidas de los ríos, siempre que sean mayores que las que por tradición o de otro modo, comprobado fehacientemente, conste que han ocurrido en épocas más o menos remotas; b) Las sequías de los ríos, comprobadas evidentemente, que no sean de las que comunmente han ocurrido, y que hagan imposible un transporte de correos en cualquiera clase de embarcaciones; c) En general, todos aquellos accidentes extraordinarios cuyos efectos sean evidentemente irresistibles. 'No debe confundirse —dice Georgi— la imposibilidad o impotencia con la dificultad. Impotencia es el obstáculo invencible. Dificultad, el obstáculo que, sin ser insuperable, acrecienta, tal vez de modo enorme, el gravamen del deudor; y es máxima reconocida de doctrina y jurisprudencia que la dificultad no debe considerarse como caso fortuito.' En efecto, la fuerza mayor o el caso fortuito supone un acontecimiento que impide el cumplimiento de la obligación. De manera que no pueden considerarse como tal, las dificultades y aumentos de costo del transporte de correos, aunque materialmente éstas lo hicieran más difícil y gravoso, y como consecuencia de ellas el con-

Págs.

tratista se llegara a ver privado de toda ganancia o aun expuesto a pérdidas de importancia. Esto, porque la fuerza mayor o caso fortuito debe hacerse depender, no tanto de la magnitud o entidad del suceso, como de su naturaleza, que consiste en que tal figura jurídica se fundamente en hechos extraordinarios que no están al alcance de la previsión humana. Entenderla de otra manera sería hacerla versar sobre la existencia de un accidente y no sobre la cuantía o entidad... También debe tenerse en consideración que en los contratos administrativos la oportunidad de la alegación del caso fortuito o fuerza mayor debe hacerse, bien para prevenir la resolución administrativa, bien en el expediente levantado ante la autoridad administrativa para que ésta declare el caso fortuito o fuerza mayor, si se le ha comprobado el hecho pertinente, y deduzca de tal declaración las consecuencias correspondientes, tales como una indemnización cuando el importe del daño causado sea superior a la parte de gastos imprevistos, la interrupción de la caducidad o una prórroga proporcional para construir las obras, si de ello se trata. Puede también discutirse en el juicio en que la acción de resolución del contrato se debata." (Sentencia, Sala Civil de Unica Instancia, XLIV, Nos. 1920 y 1921, diciembre 9 de 1936)..... 799, 1º y 2º

F U G A

- 117 -

"...La fuga, o su intento, si apareja consecuencias penales que lo son inherentes como hecho específico, no puede adquirir calidad de agravante por esa conducta." (Casación, XLIV, Nos. 1918 y 1919, febrero 17 de 1937)..... 542, 1º

Págs.

(5)

GARANTIAS CONSTITUCIONALES

- 118 -

Véase en Leyes acusadas lo que sobre este punto contiene la sentencia de la Sala Plena de la Corte, de fecha 25 de febrero de 1937, G. J., Nos. 1920 y 1921, página 620, 1ª).

GASTOS DEDUCIBLES DEL ACERVO INVENTARIADO

- 119 -

Al tenor del artículo 1016 del C. C. el partidor debe deducir previamente del acervo inventariado, los gastos a que se refiere esa disposición, entre los cuales pueden incluirse los servicios médicos equitativamente estimados de la última enfermedad y del entierro, entre otros, por regla general, pues los del Lazareto, cuando hay sociedad conyugal, se deducen conforme al art. 4º de la ley 170 de 1896, y los fiscales sobre ciertas cuotas o legados son de cargo de los respectivos asignatarios, según el 1017 del C. C. Pero si algunos de ellos o todos esos gastos no están acreditados en el expediente, y si el partidor cargó los que constan a los legatarios y no a los herederos, éstos carecen de interés para reclamar, y menos lo tienen si son herederos ab intestato del remanente cuando subsiste la institución testamentaria de ese remanente. (Casación, XLIV, números 1914 y 1915, abril 16 de 1936)... 91, 1º

GASTOS DE SERVICIO EN LAS OFICINAS DE REGISTRO

- 120 -

Véase: Oficinas de registro. (Sentencia de la Sala de Negocios Ge-

Págs.

nerales, XLIV, G. J., Nos. 1918 y 1919, octubre 29 de 1935, página 863, 2ª).

GLOSAS DE LA CONTRALORIA

- 121 -

Las glosas que eleva a la categoría de alcance la Contraloría deben ser notificadas personalmente al responsable, lo mismo que el auto en que se deduce el alcance, para que presten mérito ejecutivo. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLIV, Nos. 1920 y 1921, febrero 11 de 1937) ..... 769, 1ª y 2ª

H

HEREDERO DEL REMANENTE

- 122 -

"Cuando en un testamento se instituye heredero del remanente, no hay lugar a que el juez que conoce del juicio de sucesión admita al mismo tiempo otros herederos del remanente en calidad de herederos ab intestato, porque mientras el testamento se mantenga en pie, por no haber sido reformado o anulado, la institución de heredero del remanente subsiste, no permite la coexistencia de esas otras aspiraciones y sus disposiciones son la norma a que el juez y el partidor deben atenerse para la finalidad práctica del juicio. La aceptación de herederos ab intestato del remanente al mismo tiempo que los testamentarios, suele entorpecer la secuela del juicio, y sus inconvenientes, cuando menos procesales, manifestarse al tiempo de la partición de la herencia; y en

Págs.

todo caso la anotada incompatibilidad es manifiesta ante la ley sustantiva." (Casación, XLIV, Nos. 1914 y 1915, abril 16 de 1936) 20, 1ª

HIPOTECA

- 123 -

"La hipoteca es una seguridad real e indivisible que consiste en la afectación de un bien raíz del deudor al pago de una obligación, sin desposesión actual del constituyente, y que le permite al acreedor embargar y hacer vender ese bien, al vencimiento del término, sea quien fuere el poseedor, para hacerse pagar con el precio, de preferencia a los otros acreedores. Como se desprende de esa definición, la hipoteca es un derecho real, aun cuando no establezca una relación directa entre su titular y la cosa sobre que recae, pero no un derecho real principal sino un derecho real accesorio. De este carácter de derecho accesorio que tiene la hipoteca se deduce que todo titular de una hipoteca es también un acreedor que tiene por consiguiente dos derechos y dos garantías: el derecho personal o de crédito que conlleva el de perseguir la ejecución de la obligación sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor, y el derecho real de hipoteca sobre el inmueble hipotecado en virtud del cual puede hacer vender dicho inmueble para que con el producido se le pague o hacérsele adjudicar en pago hasta concurrencia de su crédito, sea quien fuere el que posea la cosa hipotecada. De ese mismo carácter accesorio de la hipoteca se desprende también que al extinguirse la obligación a que accede se extingue inevitablemente el derecho real. Como el acreedor hipotecario, según lo antes dicho,

Págs.

por el hecho de tener un derecho real de hipoteca, no deja de tener los derechos de acreedor común y corriente, es claro que tiene dos acciones distintas: la acción personal y la acción real hipotecaria, que pueden ejercitarse conjuntamente. Cuando se ejercita la acción personal, el demandante tiene que ser el deudor de la obligación. Cuando se ejercita la acción real, el demandado tiene que ser el actual poseedor." (Casación, XLIV, Nos. 1918 y 1919, diciembre 15 de 1936)..... 542, 1º

HIPOTECA

- 124 -

Se había pedido la declaración de nulidad de una hipoteca constituída a favor de la Nación y no figuraba en el juicio quien había constituído la hipoteca, sino la esposa de éste, que era la solicitante de la nulidad.

"La validez de un contrato, bilateral como es el accesorio de hipoteca a que la demanda se refiere, no puede ser discutida, ni menos objeto de un fallo, sin la presencia en el juicio de las dos partes interesadas." (Sentencia, Sala Civil de Unica Instancia, XLIV, Nos. 1918 y 1919, octubre 24 de 1936)..... 588, 2º

HOMICIDIO

- 125 -

"Es constante la jurisprudencia de la Corte en el sentido de que si el cuestionario calcado en el auto de proceder no menciona ninguna modalidad que cambie el hecho de homicidio simplemente voluntario en homicidio atenuado, o el jurado no la declara, la disposición aplicable es la del art. 600 del Código Penal."

Págs.

(Casación, XLIV, Nº 1916, noviembre 3 de 1936) (1)..... 235, 2º

HOMICIDIO

- 126 -

Decía el recurrente que el sentenciador había interpretado erróneamente la ley al considerar el homicidio como premeditado.

"Si en casos de homicidio simplemente voluntario, como lo ha dicho constantemente la Corte, no puede aplicarse la pena atenuada del art. 602 del Código Penal, cuando para ello no hay base ni en el cuestionario ni en el veredicto, con tanto mayor razón en tratándose de un homicidio premeditado, para el cual es de ineludible aplicación el art. 595 del código; y habiendo aplicado este artículo la sentencia recurrida, no podría casarse ella por indebida aplicación de la ley penal, o sea por la causal 1ª." (Casación, XLIV, Nº 1917, noviembre 9 de 1936)..... 350, 2º

HOMICIDIO

- 127 -

No puede estimarse un homicidio como de los menos graves, si para ello no da base el veredicto del jurado.. (Casación, XLIV, Nº 1916, septiembre 29 de 1936) (2)..... 225, 2º

HOMICIDIO EJECUTADO EN ESTADO DE EMBRIAGUEZ VOLUNTARIA

- 128 -

"Presumiéndose voluntaria la embriaguez mientras no se pruebe o resulte lo contrario, según el art. 30 del Código Penal, no es aplicable el

(1) Concordancia: Nº 1884, tomo 3º, JURISPRUDENCIA DE LA CORTE.

(2) Concordancia: Nº 1884, tomo 3º, JURISPRUDENCIA DE LA CORTE.

Págs.

art. 29 del mismo Código al que ha matado en ese estado. "Defectuosa cuanto se quiera, dice la Corte, puede ser esta disposición, y objeto de todas las críticas de cualquiera escuela penal, pero mientras ella exista en la legislación positiva no puede entenderse sino en su recto y literal sentido, y a los jueces no les es dado torcerlo so pretexto de buscarle su intención o su espíritu." (Casación, XLIV, Nos. 1920 y 1921, abril 9 de 1937).....

745, 1ª y 2ª

HOMICIDIO EJECUTADO POR UN IMPULSO INCONTROLABLE

- 129 -

Se le preguntó a un jurado: "El acusado Manuel José Gálvez es responsable, conforme al auto de proceder, de haber dado muerte voluntariamente y en un acto primo, a Rubén Bedoya por medio de una herida de escopeta, localizada en el riñón izquierdo, hecho ocurrido el día veintiocho de julio, etc.....?" El jurado contestó: "Sí, pero en estado de ofuscación mental y bajo la presión incontrolable de un impulso." Como el Tribunal sentenciador aplicase el art. 600 del Código Penal, en casación se alegó la causal 3ª del art. 3º de la ley 78 de 1923. Dijo la Corte:

"El problema planteado a la Corte es, en el fondo, el de la interpretación del veredicto. Para el señor Procurador General de la Nación debe leerse entre líneas, en la decisión del jurado, que el homicida obró provocado por Rubén Bedoya; para el Tribunal sentenciador, el veredicto coloca la acción de Gálvez en el caso contemplado por el numeral 6º del art. 597 del Código Penal, es decir, 'por causa de un acto primo, o sea el arrebato súbito e impensado de una pasión'; y en sentir del abogado recurrente, se trata de la situación prevista por el numeral 1º del art. 29 del Código Penal que declara excusable y no sujeto, por consiguiente, a pena alguna, al 'que se halle en estado de verdadera demencia o locura al tiempo de cometer la acción, o privado involuntariamente del uso de su razón.' Observa la Corte, ante todo, que la explicación dada por el jurado en su veredicto, no puede reputarse inocua. La clave de los hechos materia de este proceso es la declaración del ofendido Rubén Bedoya, quien dijo lo siguiente: 'Anoche como a eso de las seis de la tarde, estando yo en La Torre, finca del señor Antonio Henao, y con motivo de la riña que éste tuvo con Manuel Gálvez, el cual fue víctima de la muerte, yo viendo esto salí inmediatamente a darle aviso a su familia, que dista de allí una hora más o menos por ser el camino muy malo y ser de noche. Eran más o menos las siete de la noche, cuando llegué a la citada casa de la familia del finado Manuel Gálvez (hijo) y al llegar a la casa como a una distancia de dos cuadras más o menos, grité llamando al señor Manuel Gálvez, padre del finado, y me contestaron que no estaba allí, que dizque estaba en 'Calamonte', y yo me acerqué entonces a la casa y le dije a la señora esposa de don Manuel: Su hijo es muerto', y al decir eso sentí el tiro de una escopeta, el cual me hizo blanco en el pulmón derecho, y a la detonación del disparo, el caballo, por supuesto, se asustó y brincó y caí yo al suelo y estando en el suelo se abalanzó sobre mí el señor Manuel Gálvez (padre) con una peinilla machete y me dio varios planazos, y como yo estaba impedido

Págs. Págs.

para pelearle, le dije: 'Vea don Manuel, no me mate, vea cómo mató a su mejor amigo inocente' y en estas me preguntó él que quién era el que había matado a Manuel y yo le contesté que don Antonio Henao, y oí la voz de la señora del señor Gálvez que dijo en la cocina, tal vez sí sería ese bandido el que mató a mi hijo, y entonces yo le supliqué a don Manuel que me ayudara a montar en el caballo y éste no quiso sino que se entró para adentro.' En las varias providencias de fondo dictadas en el proceso, así como en los escritos del recurrente y en las vistas emitidas por el Ministerio Público, se reconoce de manera uniforme la existencia del factor sicológico que el jurado definió o concretó así: 'en estado de ofuscación mental y bajo la presión incontrolable de un impulso.' La discrepancia radica en el valor que deba atribuírsele a la perturbación síquica sufrida por el procesado. Para la Corte es muy expresivo el vocablo 'incontrolable' de que se valió el jurado al hablar de la presión que, en sentir del mismo jurado, produjo el 'impulso' homicida. La ofuscación mental del actor y la consiguiente pérdida de su propio control coloca precisamente el caso en una de las hipótesis contempladas por el artículo 29 del Código Penal. La Corte no acoge la tesis del señor Procurador de la Nación, porque ni el jurado declaró que Gálvez hubiera dado muerte a Bedoya provocado por éste, ni los autos dan asidero a reputar este hecho como verosímil. La provocación, en el sentido en que el Código Penal la toma, envuelve la idea de ofensa, objetiva o al menos subjetivamente, y en el caso de que trata la sentencia recurrida no hubo ofensa por parte de Bedoya, ni motivo para que Gálvez se sintiera ofendido. Lo que hubo fue, como recalcan los autos de proceder y las sentencias, que al darle Bedoya a Gálvez la noticia de la muerte de su hijo, en Gálvez se produjo la anómala reacción emotiva que el jurado consideró impulso incontrolable. La palabra 'sí' con que principia el veredicto debe estimarse afirmativa de la imputabilidad, que es punto fuera de discusión en el proceso, y la explicación agregada a ese 'sí' es cabalmente la negación de la responsabilidad. En estas condiciones es preciso interpretar como absolutorio el veredicto. Tampoco puede acogerse la tesis del sentenciador porque el acto primo causado por el arrebato súbito e impensado de una pasión, es diferente del acto reflejo producido por un choque nervioso, por la presión incontrolable de un impulso, como el jurado dijo. El numeral 6º del artículo 587 es aplicable cuando se trata de un arrebato que no alcanza a obnubilar por completo las facultades del agente; pero cuando el movimiento o impulso es incontrolable, mal puede calificarse el hecho como voluntario. Por tanto, este recurso debe prosperar en virtud a la causal 3ª invocada por el abogado recurrente, lo cual exime a la Corte de entrar en el análisis de la causal 1ª a que alude el señor Procurador." (Casación, XLIV, Nº 1916, agosto 6 de 1936)..... 217, 1º y 2º, y 218, 1º.

HOMICIDIO EN LOS CASOS MENOS GRAVES

- 130 -

Se había proferido sentencia por homicidio simplemente voluntario y el reo alegaba en casación la causal 1ª, por indebida aplicación de la

Págs.

ley penal. Trascribe la Corte el concepto del Procurador sobre ese punto y agrega:

"Verdad es que el inciso 2º del artículo 602 del Código Penal autoriza al juez para aplicar una pena menor de la que indica el artículo 600, cuando a su juicio el caso sea de los menos graves entre los de homicidio simplemente voluntario enunciados por los numerales 1º, 2º, 4º, 5º y 7º del artículo 587; pero esto no quiere decir que por el solo hecho de que el homicidio voluntario aparezca revestido de las modalidades que en aquellos numerales se señalan, el homicidio tenga que considerarse necesariamente de los menos graves." (Casación, XLIV, Nº 1915, octubre 20 de 1936)..... 230, 1ª y 2ª

HOMICIDIO EN RIÑA

- 131 -

Se pretendía que el artículo aplicable debió ser el 602 del Código Penal y no el 600, sobre homicidio simplemente voluntario.

"..... El artículo 602 del Código Penal debe aplicarse cuando el cuestionario propuesto al jurado enuncia expresamente la circunstancia de la riña; o cuando, aun sin habérsele preguntado sobre tal circunstancia, el jurado la declara en su veredicto. Pero cuando ocurre, como ha ocurrido en el caso de este proceso, que se interroga al jurado si el procesado es responsable de haber dado voluntariamente muerte violenta a otro hombre y el jurado responde con la palabra 'sí', y ni el cuestionario ni el veredicto contienen adición o explicación alguna, el artículo del Código Penal aplicable es el 600." (Casación, XLIV, Nos. 1914 y 1915, julio 27 de 1936)..... 176, 2ª

Págs.

IMPREVISION

- 132 -

Tomás Muñoz había vendido a Emilio Hoyos y otros una finca que estaba hipotecada al Banco Agrícola Hipotecario de Medellín, y los compradores pagaban el precio haciéndose cargo de la hipoteca. Como pagasen en cédulas, Muñoz les demandó para la restitución de la diferencia entre la suma pagada y el valor de la obligación, siendo rechazadas sus peticiones. En casación que interpuso el actor, dijo la Corte:

"Ante el principio de la autonomía de la voluntad y el postulado de que los contratos son una ley para las partes, se ha suscitado la cuestión de si los Tribunales pueden corregir o modificar cómo se ha de ejecutar un contrato cuando han surgido posteriormente a la celebración de éste, ciertos hechos que vienen a constituir un desequilibrio en la prestación de alguna de las partes, hechos extracontractuales y que no pudieron ser previstos cuando el contrato se celebró. Sobre el aforismo de los glosadores del derecho romano rebus sic stantibus, o sea que hay que suponer que las partes han entendido mantener el contrato si las circunstancias en que se celebró no cambian, se ha fundado la teoría de la imprevisión, que se encamina a darle al juez el poder de modificar la ejecución de un contrato cuando han variado de tal manera las circunstancias, que se hace imposible para una de las partes cumplir lo pactado, sin que sufra lesión en sus intereses. Aun cuando entre los modernos expositores de derecho existe discrepan-

Págs.

cia sobre la adopción de esta teoría y aun cuando en este fallo no se trata de su aplicabilidad, todos los expositores están de acuerdo en que ella no tiene cabida, ni puede aplicarse sino a los contratos en ejecución, pero no a los ya cumplidos, porque entonces el acto jurídico ya no existe, de suerte que por más que pudiera ampliársela no se podría llegar a la revisión del contrato por ministerio de la justicia, puesto que la teoría sólo se inspira en la idea del equilibrio contractual. Cualquiera que sea o llegue a ser el pensamiento de la Corte sobre esa teoría y sobre su aplicabilidad ante nuestra legislación, queda visto que en el presente pleito no puede tal teoría desempeñar papel alguno por la razón decisiva de que cuando Tomás Muñoz entabló su demanda el 17 de octubre de 1932, ya estaba cumplida por parte de los Hoyos su obligación, cumplimiento que tuvo lugar el 14 de julio de ese año." (Casación, XLIV, Nos. 1918 y 1919, octubre 29 de 1936) ..... 457, 2ª, y 458, 1ª

IMPUGNACION DE LA MATERNIDAD

- 133 -

Véase Maternidad disputada.

IMPUTABILIDAD Y RESPONSABILIDAD

- 134 -

"Demostrada la existencia del hecho punible, las de la imputabilidad y responsabilidad, hacen relación a lo moral y no a lo físico del caso." (Casación, XLIV, Nº 1916, septiembre 26 de 1936) 222, 2ª

Págs.

INCONGRUENCIA

- 135 -

La absolución total comprende todas las peticiones y presupone el estudio de todos los capítulos petitorios de una demanda. (Casación, XLIV, Nos. 1918 y 1919, octubre 29 de 1936) 456, 2ª

INCONGRUENCIA EN LO CRIMINAL

- 136 -

Había reconocido el juez sentenciador en el auto de proceder que el homicidio se había consumado en el momento de recibir ofensas de palabra y de obra por parte del que murió, y en la sentencia el Tribunal había aplicado el art. 600 del Código Penal, en vez del 605. Fue acusada la sentencia por la causal 4ª de casación que reconoce el artículo 3º de la ley 118 de 1931.

"El no estar la sentencia en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder sí es asunto que resulta de manera clara en los autos. El enjuiciamiento dijo: 'Está, pues, Ramírez en la situación muy favorable de haber consumado el homicidio en un arrebato de ira producido por las ofensas de palabra y de obra que le hizo el que murió, todo lo cual se sucedió casi simultáneamente; es decir, que entre el motivo determinante y la reacción homicida no hubo solución de continuidad....' Al aplicar la sentencia el artículo 600 del Código Penal, que trata del homicidio simplemente voluntario en que no concurren las circunstancias enunciadas en el párrafo trascrito en el auto de proceder, incurrió en incongruencia con éste, cuyos considerandos colocan claramente el caso dentro del art.

Págs.

606 del Código Penal. El recurso de casación interpuesto prospera, pues, por este aspecto de la causal 4ª, artículo 3º de la ley 118 de 1931; y las razones que se dejan expuestas sirven para rebatir la tesis del señor Procurador General de la Nación, quien solicitó se mantenga firme el fallo recurrido." (Casación, XLIV, Nº 1916, agosto 5 de 1936)..... 215, 1º y 2º

INDEMNIZACION DE PERJUICIOS

- 137 -

"...La indemnización de perjuicios, por infracción de un pacto bilateral, por toda negligencia o descuido, no tiene lugar sino cuando además se ha demostrado que se ha causado un perjuicio a uno de los contratantes." (Casación, XLIV, números 1918 y 1919, octubre 23 de 1936) 451, 2º

INMUEBLES

- 138 -

En juicio en que se hacía efectiva la indemnización por un contrato de seguro de incendio, decía el demandado recurrente que el sentenciador había incurrido en error de hecho al considerar una estantería como parte integrante de la finca raíz asegurada.

"De acuerdo con el art. 558 del Código Civil 'se reputan inmuebles, aunque por su naturaleza no lo sean, las cosas que están permanentemente destinadas al uso, cultivo y beneficio de un inmueble, sin embargo de que puedan separarse sin detrimento.' Entre los ejemplos que al efecto trae el mismo Código figuran no solamente cosas tales como las prensas, calderas, cubas, alambiques, toneles y máquinas que forman parte de un establecimiento industrial, sino también otras cuyo carácter de muebles por accesión resulta todavía más difícil de concebir: los animales destinados al cultivo o beneficio de la finca. Como en la póliza consta que el primer piso del edificio asegurado estaba destinado para almacenes de mercancías y como la misma póliza, al referirse a la cosa asegurada, habla invariablemente de un edificio, sin excluir las cosas que por accesión debieran reputarse como partes de ese inmueble, al tenor del referido art. 558, es claro que el Tribunal no incurrió en error de hecho al considerar como parte integrante de la propiedad asegurada la estantería y mostradores de los locales destruídos por el incendio." (Casación, XLIV, Nos. 1920 y 1921, diciembre 12 de 1936)..... 583, 1º

INSPECCION OCULAR

- 139 -

Lucrecia Alvarez de Lago había seguido juicio contra Ivo Sánchez, en el cual pidió la práctica de una inspección ocular para identificar el lote poseído por el demandado. Después siguió juicio de reivindicación contra Rosendo Leguízamo, comprador del lote a María Elisa Cardoso, ésta a Gustavo H. García, éste a María Méndez, y ésta a Ivo Sánchez. La finca de la autora incluía íntegramente el lote del demandado Ivo Sánchez, según se demostró en aquella inspección. En el último juicio el Tribunal sentenciador no estimó como prueba la inspección ocular aludida, por haberse practicado en juicio diverso en que no tuvo intervención la parte demandada. Ha-

Págs.

biendo recurrido en casación la actora, dijo la Corte:

"La inspección ocular practicada en el juicio ordinario de Lucrecia Alvarez de Lago contra Ivo Sánchez, tiene en el juicio de aquélla contra Rosendo Leguizamo el mismo carácter de la inspección extrajudicial contemplada por el artículo 732 del Código de Procedimiento, o sea de la practicada sin otra intervención que la del solicitante, el juez y los peritos o testigos que éste designe libremente. Es perfecta la analogía. Tal inspección, de índole judicial dentro del juicio en que fue practicada, asume la de extrajudicial en este segundo juicio. Si en el primero hizo plena prueba respecto de los hechos y circunstancias observados por el juez, constituye en el segundo una presunción más o menos grave conforme a las reglas generales, según la naturaleza de la prueba misma y de los hechos examinados. Esta prueba, real por naturaleza, así como fue trasladada tiene valor de grave presunción. A su contenido no se hicieron objeciones ni se presentaron contrapruebas. La inspección ocular es un medio probatorio que tiene por objeto el registro y examen de hechos o cosas, practicados por el juez en compañía de peritos o testigos. El Código de Procedimiento distingue dos tipos: la que se hace dentro del juicio y la que lo precede. La judicial, o sea la practicada dentro del litigio a solicitud oportuna de las partes u oficiosamente, hace plena prueba respecto de los hechos y circunstancias observados por el juez; la extrajudicial, o sea la que *cualquiera persona puede pedir* fuera del juicio a título de abonamiento probatorio, tiene el mismo mérito que la anterior si se practica citando personalmente a aquel contra quien haya de aducirse, pero no constituye sino una presunción más o menos grave, conforme a las reglas generales, cuando se realiza interviniendo apenas el solicitante, el juez y los peritos o testigos que éste designe. Así lo prescriben los artículos 730, 731 y 732. En sentir de esta Corte, la sola presunción emanada de la copia es prueba plena de la identidad entre el lote que se reivindica y el lote incluído en el inmueble inspeccionado por el juez y por los peritos del juicio anterior. Tal plenitud probatoria emana de los caracteres de gravedad y precisión que ofrece el acta copiada, caracteres suficientes para formar el convencimiento, según lo prescribe el art. 664 del Código Judicial." (Casación, XLIV, Nos. 1920 y 1921, abril 22 de 1927) 729, 2º

Págs.

INSPECCION OCULAR CON DICTAMEN PERICIAL

- 140 -

"...Una inspección ocular practicada en el juicio no es completa si el dictamen no se pone en conocimiento de las partes, porque en esta diligencia hay dos cosas: la inspección, y el peritaje, que debe apreciarse conforme a las ritualidades legales. Cuando se practica extrajuicio y con citación personal de la parte contraria, según el artículo 731, o cuando se practica como anexa a una acción exhibitoria (artículo 302 del C. J.), la diligencia tiene el mérito probatorio que indica el artículo 730; lo que quiere decir que el dictamen rendido en la inspección extrajudicial debe apreciarse según las formalidades de la prueba de peritos; y para que ésta pueda ser estimada legalmente, el dictamen ha de ser puesto en cono-

Págs.

cimiento de las partes. (Art. 719 del C. J.)" (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLIV, Nos. 1914 y 1915, julio 6 de 1936)..... 187, 1ª

INTEGRACION EN LA INTERPRETACION DE LOS CONTRATOS

- 141 -

Véase: Interpretación del contrato, casación del 19 de junio de 1936.

INTERES SOCIAL EMBARGADO

- 142 -

Véase: Embargo de interés social. Casación del 30 de septiembre de 1936, G. J., Nos. 1918 y 1919, página 439 y siguientes.

INTERES

- 143 -

"Tratándose de intereses de dinero, los cuales constituyan perjuicios, ellos no se deben sino desde la mora (art. 1615 del C. C.). Cuando no se ha fijado plazo para cumplir la obligación, o cuando ésta no ha podido cumplirse sino desde cierto tiempo, es necesario requerir judicialmente. Todo lo dicho conduce a concluir que la sentencia que se dicte en estas circunstancias no debe condenar a intereses. Estos se deberán por ministerio de la ley, cuando llegue el caso del art. 1617 del C. C. La Sala Civil de Unica Instancia ha dicho que para condenar a intereses en el caso de indemnización, es preciso que ésta se haya liquidado 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.' Por consiguiente, la condenación a intereses legales es anticipada, porque ellos sólo se deberían una vez que se estableciera la mora. Estos serían obligatorios, al llegar el evento, por ministerio de la ley." (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLIV, Nos. 1920 y 1921, diciembre 2 de 1936) ..... 753, 2ª, y 754, 1ª

INTERPRETACION DEL CONTRATO

- 144 -

Uno de los permutantes de fincas raíces había pedido la resolución del contrato y como el negocio de permuta contenía una estipulación sobre pacto comisorio, al pleito se le había dado la tramitación que ordena el artículo 1095 del Código Judicial. En casación interpuesta por el actor, dijo la Corte lo siguiente sobre interpretación de los contratos:

"Siendo el negocio jurídico el instrumento de que disponemos para regular nuestras relaciones jurídicas conforme a nuestras necesidades y deseos, la interpretación que de él se haga tiene por objeto fijar el contenido de la declaración de voluntad, o sea su sentido decisivo para el derecho. Aun cuando por regla general lo que constituye un límite para el intérprete del negocio jurídico es la declaración misma, aquél debe tener en cuenta que para investigar la voluntad real de las partes, es indispensable en muchos casos no detenerse en el sentido literal de la expresión sino averiguar si el contenido querido por las partes se reconoce en la declaración misma, cualquiera que sea el signo mediante el cual se puede inferir la exteriorización del propósito. A veces es resultado de la interpretación de

Págs.

un negocio jurídico el de su integración, a fin de restringir o extender el sentido decisivo para el derecho de una declaración de voluntad. Ocurre la integración cuando el texto adolece de defectos de oscuridad o ambigüedad, o es incompleto, o equivocado, o cuando las expresiones y aun las mismas ideas de las partes carecen de claridad o de exactitud, o bien, porque la consecuencia jurídica no la conocen las partes lo suficiente, o bien a causa de que ellas no previeron determinada situación que se produce después. En los casos de integración, corresponde al intérprete rectificar las faltas del contrato, resultantes de la deficiente expresión del querer de las partes y colmar las lagunas u omisiones que hubieren quedado en ésta, sin contradecir ni desfigurar con ello el contenido del pensamiento manifestado en la declaración. Este verdadero propósito latente de las partes lo desentraña el intérprete con ayuda de las máximas de la experiencia, de las circunstancias que acompañan el negocio, de los usos del tráfico, de las enseñanzas de la vida; consultando en cada ocasión concreta los intereses de ambas partes, a fin de determinar lo que es oportuno, equitativo y justo." (Casación, XLIV, Nos. 1914 y 1915, junio 19 de 1935).. 64, 2ª, y 65, 1ª

INTERPRETACION DE LA DEMANDA

- 145 -

"Sabido es que una demanda, cuando adolece de cierta vaguedad, es susceptible de ser interpretada por el juzgador, con el fin de no sacrificar un derecho y siempre que la interpretación no varíe ni modifique los capítulos petitorios del libelo. En la interpretación de una demanda, ha dicho la Corte, existe el poder necesario para ir tras lo racional y evitar lo absurdo." (Casación, XLIV, Nos. 1918 y 1919, septiembre 30 de 1936) (1) 439, 1º

INTERPRETACION DE LA DEMANDA

- 146 -

"Una demanda debe interpretarse siempre en conjunto, porque la intención del actor no está muchas veces contenida no sólo en la parte petitoria, sino también en los fundamentos de hecho y de derecho. No existe en nuestra legislación procedimental un sistema rígido o sacramental que obligue al demandante a señalar en determinada parte de la demanda o con fórmulas especiales su intención, sino que basta que ella aparezca claramente del libelo, ya de una manera directa o expresa, ya por una interpretación lógica basada en todo el conjunto de la demanda." (Casación, XLIV, Nos. 1918 y 1919, diciembre 5 de 1936).... 527, 1ª y 2ª

INTERPRETACION DE LOS CONTRATOS

- 147 -

"La interpretación de los contratos se hace de dos modos: a) Interpretación auténtica, y b) Interpretación por vía judicial. Tiene lugar la primera cuando entre las partes no hay discrepancia, en el alcance y sentido de las cláusulas que forman

(1) Concordancia: Nos. 2100, 2104, tomo 3º, JURISPRUDENCIA DE LA CORTE.

Págs.

la convención o cuando han procedido a la ejecución del contrato sin desacuerdo de ninguna especie. Tiene lugar la segunda cuando en virtud de distintas apreciaciones de las partes sobre el alcance y sentido de las cláusulas de un contrato, le dan a éste diferente interpretación. Cuando esto sucede el juzgador tiene como regla para fijar el alcance de un contrato las normas de interpretación o hermenéutica de la convención consignadas en el título 13 del libro 4º del C. C., entre las cuales están los antecedentes del contrato." (Casación, XLIV, Nos. 1918 y 1919, octubre 29 de 1936)... 456, 2ª y 457, 1ª

INTERRUPCION DE LA PRESCRIPCION

- 148 -

El abandono del juicio ejecutivo por más del tiempo señalado en la ley, deja sin efecto la interrupción de la prescripción, a tenor del inciso 2º del artículo 2524 del Código Civil, aunque el ejecutante sea el Estado. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLIV, Nos. 1918 y 1919, diciembre 1º de 1936) (1). 579, 1ª

IRRESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS POR LESION DE INTERESES PARTICULARES

- 149 -

Una maestra de escuela a quien la había reemplazado en su puesto el Gobernador del Departamento de Caldas, contra lo dispuesto en el artículo 127, numeral 24, de la ley 4ª de 1913, solicitó que se le indemnizasen por el Departamento los perjuicios que se le causaron con el decreto correspondiente. Obtuvo sentencia favorable tanto en el Tribunal como ante la Corte, la cual expuso lo siguiente sobre el punto de la responsabilidad civil del Gobernador:

"En cuanto a las consideraciones del señor Procurador sobre la posible responsabilidad civil del señor Jorge Gartner, la Sala observa: el doctor Gartner procedió al dictar el decreto Nº 139 en su carácter de Gobernador y si apreció equivocadamente las disposiciones legales, esa circunstancia no puede acarrearle responsabilidad, por la libertad de criterio para la interpretación de la ley." (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLIV, Nos. 1920 y 1921, marzo 15 de 1937)..... 780, 2ª

IRRESPONSABILIDAD DE LOS BANCOS POR EL PAGO DE CHEQUES FALSOS EN EL CASO DE NEGLIGENCIA O DESCUIDO DEL TENEDOR DE LIBRETAS DE CHEQUES EN CUANTO A LA CONDUCTA DE SUS EMPLEADOS DE CONFIANZA

- 150 -

Véase la doctrina titulada Cheques falsos. Casación del 9 de diciembre de 1936, G. J., Nos. 1918 y 1919, páginas 409 y siguientes).

IRRESPONSABILIDAD DEL QUE MATA POR UN IMPULSO INCONTROLABLE

- 151 -

No es responsable el que mata en un acto reflejo producido por un choque nervioso o, como dijo el ju-

(1) Cita la Corte la sentencia de 4 de septiembre de 1935, G. J., Nos. 1905 y 1906, págs. 224 y 226.

Pág.

rado, "en estado de ofuscación mental y bajo la presión incontrolable de un impulso." Este difiere mucho del acto primo causado por el arrebato súbito e impensado de una pasión violenta, de que habla el numeral del artículo 587 del Código Penal. Y si el homicida fue irresponsable, si el hecho no debe imputársele moralmente sino sólo físicamente, falta uno de los elementos del llamado cuerpo del delito: que el hecho sea criminoso y punible (art. 1512 del Código Judicial) y la sentencia condenatoria es casable por la causal 3ª. (Véase la doctrina titulada Homicidio ejecutado por un impulso incontrolable, donde se expuso razonadamente el punto. Casación, XLIV, Nº 1916, agosto 5 de 1936) ..... 217, 1ª y 2º, y 218, 1ª

J

JUECES QUE INTERVIENEN EN DEBATES PUBLICOS DE CARACTER POLITICO

- 152 -

El artículo 18 de la ley 105 de 1931 prohibe a los funcionarios del Poder Judicial la intervención en debates públicos de carácter político, lo cual constituye por parte del juez una trasgresión de los deberes de su cargo a la faz del Capítulo 5º, Título 10º, Libro II del Código Penal. El legislador ha prohibido de modo terminante y sin distingo de propósitos la intervención de los empleados judiciales en las actividades políticas, y la Corte tiene especial empeño en que se cumplan de manera estricta estas normas moralizadoras, que garantizan el decoro del Poder Judicial. (Auto, Sala de Casación en lo Criminal, XLIV, Nº 1917, octubre 19 de 1936) ..... 346, 1º, y 347, 1º

Pág.

JURADO

- 153 -

En un proceso por homicidio alegaban los reos en casación las causales 1ª, 3ª y 5ª, todas las cuales se referían en síntesis a que las pruebas del sumario no eran aptas para condenarlos.

"En cuanto a la injusticia notoria del veredicto, los recurrentes arguyen por medio de críticas contra la fuerza de la confesión rendida por dos de los sindicados. Pero en el proceso obra grave prueba indiciaria además de aquellas confesiones, y hay que tener en cuenta que el jurado es soberano para apreciar las pruebas, de donde se deduce que salvo una contraprueba, o la carencia de elementos de convicción, sus dictados no pueden considerarse como notoriamente injustos; y en el presente caso ni siquiera sería aceptable estimar como erróneo el veredicto." (Casación, XLIV, Nº 1917, octubre 13 de 1936) 345, 1º

JURAMENTO DECISORIO Y JURAMENTO SUPLETORIO EN ASUNTOS MERCANTILES

- 154 -

Un dependiente de comercio había demandado a una sociedad comercial para el pago de unas sumas de dinero y, pidiendo que se decretase la exhibición de los libros de comercio de la sociedad demandada, ofreció bajo juramento estar y pa-

Págs.

sar por lo que apareciese en esos libros. Condenada la sociedad dijo en casación la Corte sobre este punto:

"La doctrina jurídica distingue dos clases de juramento probatorio: a) el decisorio, o deferido por las partes, y b) el supletorio y estimatorio, o deferido por el juez. Con respecto al uno y al otro, nuestro C. C. en su art. 1770, se limita a decir lo siguiente: "Sobre el juramento deferido por el juez o prefecto o por una de las partes a la otra..... se estará a lo dispuesto en el Código Judicial.' Este último sólo se ocupa, en los arts. 625 y siguientes, del juramento decisorio, para sentar y reglamentar el principio general de que 'a falta de otras pruebas cada parte tiene derecho de deferir el juramento decisorio de la otra.' Acerca del juramento supletorio o deferido por el juez no dice nada el C. J. en la reglamentación de las pruebas, lo que obedece sin duda a que generalmente la doctrina, a tiempo que acepta, justifica y explica el juramento decisorio, se muestra desfavorable al juramento supletorio. Pero si el Código Judicial en ninguna forma consagra como medio de prueba el juramento supletorio, el Código de Comercio, en cambio, contiene una aplicación interesante, justificada por las circunstancias especiales del caso que allí se contempla, y que es la que en el presente litigio debe ser estudiada, a saber: 'Si uno de los litigantes—dice el art. 46 de dicho código—ofreciere estar y pasar por lo que constare de los libros de su contendor, y éste rehusare exhibirlos, el Tribunal de Comercio podrá, según las circunstancias, deferir el juramento supletorio a la parte que hubiere exigido la exhibición.' Este texto tiene su origen en el art. 17 del Código de Comercio francés, que dice: 'Si la parte a cuyos libros se ofrece dar fe rehusa exhibirlos, el juez podrá deferir el juramento a la otra parte.' Concluye la Corte, contestando al cargo de la parte recurrente de que por no tener el dependiente de comercio el carácter de comerciante no se le podía reconocer el derecho que otorga el art. 46 del Código de Comercio, que tal derecho puede ser invocado por un no comerciante. (Casación, XLIV, números 1914 y 1915, 31 de julio de 1936) ..... 92, 1º y 2ª

JURISDICCION COACTIVA

- 155 -

Propuesto ante la Sala Civil de Unica Instancia de la Corte, por el Procurador de la Nación, juicio de venta de una finca hipotecada por una fianza de cárcel, dijo la Corte:

"El Título XLII del Código Judicial, inspirado en legislaciones modernas, tiende a hacer más rápido el pago al acreedor, cuando éste tiene acciones reales que hacer valer. Para que él proceda, se requiere que el acreedor presente un título ejecutivo, y si este título es uno de los documentos que sirven para una ejecución coactiva, esta jurisdicción es privativa para el asunto. No podría arrebatarse esa jurisdicción aplicando la letra del art. 1189 citado. Pero el magistrado que sustanció el negocio sostiene que la Sala Civil de Unica Instancia es competente, porque no se ha iniciado un juicio ejecutivo, sino el especial de venta de la cosa hipotecada, que está reglamentado en el Título XLII del Código Judicial. Sobre este punto se expresa así: 'Este es un juicio contencioso, que tiene su procedimiento señalado en los arts. 1189 y siguientes del C. J. En él hay una ver,

Págs. Págs.

dadera controversia, pues se corre traslado al demandado, y si éste se opone, se abre a prueba por diez días. De este juicio no pueden conocer los funcionarios investidos de jurisdicción coactiva, porque el art. 1058 del C. J. limita la competencia de éstos al cobro ejecutivo de las deudas fiscales, de conformidad con lo que disponen el Capítulo IV y los anteriores, Título XXXIII, de la obra citada. El juicio de venta o adjudicación de la prenda o de los bienes hipotecados está reglamentado en el Título XLII del C. J. y no queda —por tanto — comprendido en la disposición del art. 1058 ya citado.' 'El artículo 40 del Código Judicial le da jurisdicción a la Sala Civil de Unica instancia para conocer privativamente y en una sola instancia, de todas las controversias provenientes de contratos celebrados o que celebre la Nación con cualquiera entidad o persona, aunque la Nación haya trasferido en todo o en parte sus derechos. Esta disposición comprende todos los contratos, sin que se haga en ella exclusión de ninguna clase, como lo sostienen los doctores Uribe Cualla en relación con los contratos de fianza. Conforme a lo anterior, la Sala Civil de Unica Instancia tiene jurisdicción para conocer del juicio iniciado por el señor Procurador, por tratarse de una controversia proveniente de un contrato celebrado por la Nación, representada por la autoridad correspondiente que aceptó la fianza de cárcel segura.' En los párrafos transcritos se dice que cuando una deuda fiscal consta en un contrato hipotecario si se puede cobrar ante la justicia ordinaria, por la generalidad del artículo 40 que se cita. No obstante la fuerza que pudiera tener esta argumentación, la Sala de Decisión estima que de conformidad con los artículos 1058 y 1059 del Código Judicial las deudas fiscales, ya consten en alcances líquidos definitivos, en copias de reconocimiento o en resoluciones ejecutoriadas o en actos y documentos de los mencionados en el artículo 982 del mismo código, son del resorte de la jurisdicción coactiva. El artículo 40 del Código Judicial no tendría aplicación en esas condiciones, en virtud de las disposiciones especiales sobre 'Procedimiento por jurisdicción coactiva.' Además de esto, la obligación de un excarcelado para presentarse a la justicia no nace de la diligencia de fianza ni del contrato de hipoteca. Ella está fundada en prescripciones del derecho público, mas ello no impide que pueda ser garantizada por un contrato accesorio, en el cual el cauccionante se compromete a entregar al caucionado o a pagar una multa que entrará al Estado. Es ésta una obligación fiscal que tiene más carácter civil que penal o correccional. Para el cobro de esta multa hay una jurisdicción privativa: la de coacción." Termina la Sala declarando nulo el juicio por incompetencia de jurisdicción improrrogable. (Auto, Sala de Decisión de la Sala Civil de Unica Instancia de la Corte, XLIV, Nos. 1918 y 1919, mayo 8 de 1936) 695, 1º y 2º

JURISDICCION COACTIVA

- 156 -

"La doctrina que se desprende del artículo 1060 del Código Judicial es la de que los funcionarios nacionales investidos de jurisdicción coactiva están dotados de plena capacidad para actuar en todo lo que se relaciona con el correcto y adecuado logro de sus fines, menos cuando

Págs.

en los procedimientos agitados por ellos surjan o excepciones, o tercerías, o apelaciones o consultas, eventos que la ley sustrae de su radio de acción para colocarlos dentro de la esfera de atribuciones de la justicia ordinaria. Una simple solicitud de desembargo no participa de la calidad de excepción, ni de tercería, ni de apelación ni de consulta, por lo cual el funcionario coactivo ante quien se presenta es competente para estimarla. Además, debe tenerse en cuenta, que si en derecho las cosas se deshacen como se hacen, no se ve obstáculo legal ni razón alguna en cuya virtud el funcionario que ha decretado el embargo está inhibido para revocarlo o infirmarlo." (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLIV, Nos. 1918 y 1919, noviembre 7 de 1936)..... 568, 2º

JURISDICCION POR CAMBIO DE RADICACION DE UN SUMARIO

- 157 -

El recurrente en un proceso por homicidio basaba la causal 2ª de casación en que la sentencia era violatoria de la ley procedimental por haberse dictado en un juicio viciado de nulidad sustancial, nulidad que dependía, en concepto del recurrente, en que el Tribunal de Ibagué no era competente para revisar el auto de enjuiciamiento proferido por el Tribunal de Cali.

"Este reparo carece en absoluto de base, pues lo que ocurrió fue lo siguiente: En el proceso hubo lugar a cambio de radicación, la que se surtió trasladándolo del distrito judicial de Cali al de Ibagué, a donde pasó con auto de proceder del Tribunal de Cali confirmatorio del proferido por el Juzgado Superior de Cali. El fiscal del Juzgado 2º Superior de Ibagué pidió la nulidad de lo actuado por cuanto el auto del Tribunal de Cali no había sido proferido en Sala de Decisión, según el art. 35 de la ley 104 de 1922. La nulidad fue decretada por el juez y luégo el Tribunal de Ibagué, en fuerza de esta nulidad aceptada por él, confirmó el auto de proceder del Juzgado Superior de Cali. Nada vale el argumento del recurrente, pues en lo relativo al auto de enjuiciamiento del Tribunal de Cali, lo que acontece es que tal proveído no tenía existencia legal, llevando, como llevaba, la firma de uno solo de los magistrados; y entonces el problema que se presentaba al Tribunal de Ibagué, equivalente al de Cali por virtud del cambio de radicación, era sencillamente el de revisar el auto de proceder del Juzgado de Cali, para confirmarlo o revocarlo. Y así se hizo, con la circunstancia de que el Tribunal de Ibagué en su confirmatoria del auto de proceder del Juzgado de Cali, no introdujo modificación alguna a los términos en que estaba concebido el suscrito por uno de los magistrados del Tribunal de Cali." (Casación, XLIV, Nº 1917, octubre 13 de 1936)..... 344, 2º

L.

LEY ACUSADA Nº 62 DE 1935, SOBRE SOCIEDADES MASONICAS

- 158 -

Fue acusado el artículo único de la ley 62 de 1936, que dice: "Las sociedades masónicas podrán obtener del Gobierno personería jurídica de acuerdo con la ley y decreto que reglamentan la materia", como con-

Págs. Págs.

trario a los 38 y 49 de la Constitución Nacional. Dijo la Corte:

"El señor Procurador en síntesis clara aduce la historia del establecimiento de las disposiciones constitucionales relacionadas con este tema. En el proyecto primitivo de la Constitución de 1886 el respectivo artículo decía: 'Es permitido formar sociedades y compañías, públicas o privadas; pero no secretas.' Y que esta redacción se encaminaba a prohibir las asociaciones masónicas lo persuade el respectivo discurso del Delegatario doctor Samper, cuya elocuencia y vehemencia no fueron parte a que aquella se acogiese. Desechado, pues, el proyecto en su frase final, los partidarios de la prohibición buscada con ella acudieron a una modificación aditiva al artículo en que se había consagrado el derecho y suprimido aquella frase, a saber: 'Las sociedades secretas estarán sometidas a la inspección de la autoridad.' Tampoco tuvo acogida este intento. Y así quedó consagrado el derecho en referencia tal como reza el art. 47 del Estatuto de aquel año, artículo de visible relación íntima con el 49. Sobre ese pie conceptúa el señor Procurador: si los constituyentes de 1886 rechazaron los intentos de persecución a las logias masónicas tan inequívocamente como lo demuestran esas citas, es claro que no las reputaron corporaciones a que faltase uno que fuera de los dos elementos —legitimidad y publicidad— requeridos por la disposición que quedó acogida definitivamente tras de discusiones dilatadas. El proyecto inicial de la ley 62 formuló su propósito en términos imperativos, por cuanto se presentó así: 'Son personas jurídicas, además de las reconocidas por el Título 36 del Libro I del Código Civil, por la ley 57 de 1887 y por la ley 153 de 1887, las sociedades masónicas domiciliadas en Colombia.' Así fue aprobado en sus tres debates por la Cámara de Representantes; pero en el Senado se sustituyó por el ya trascrito aquí como texto definitivo de la ley, lo que hace hasta innecesario advertir que la modificación o, mejor dicho, cambio total, obtuvo después la aceptación de la Cámara. El título de la ley al presentarse decía: 'Proyecto de ley por la cual se concede personería jurídica a las sociedades masónicas.' Así se conservó, a despecho del cambio anotado, es decir, no obstante que la ley no concede tal personería sino que simplemente se limita a declarar que puede obtenerse mediante ciertas formalidades, tal como reza su tenor literal y claro aquí trascrito. Parece, pues, que por inadvertencia dejó de variarse el epígrafe para ajustarlo a algo que lógicamente correspondiera a lo que efectivamente vino a ser ley; pero la conservación del epígrafe del muy diferente proyecto original no puede ser óbice para reconocer que la ley la constituye su trascrito artículo único, el que establece lo que textualmente expresa y no lo que aquel epígrafe conduciría a sugerir aisladamente leído. Así, pues, no se está ante una orden de conceder a todo trance la personería en referencia, ni menos ante un reconocimiento de ésta ya pronunciado, sino tan sólo ante una disposición limitada a declarar que esa personería es obtenible por las asociaciones masónicas en la misma forma y sometiéndose a las mismas exigencias que, para gestionar con igual fin y conseguirlo, han de proceder otras asociaciones o compañías según las leyes y decretos pertinentes. Como se ve, no hace sino declarar que las asociaciones masónicas se

Págs.

hallan en pie de igualdad con las demás asociaciones que pueden obtener personería jurídica, en lo que respecta a su capacidad de solicitarla y lograrla; en otras palabras: que no están aquellas incapacitadas al respecto. La demanda parece colocar el caso bajo esta luz: esa incapacidad existía, y tanto es así, que la ley viene a levantarla, pues de lo contrario no se comprendería que ésta se dictase. Así como en la interpretación de una cláusula contractual debe descartarse el camino por donde se llegue a que no tiene alcance alguno, porque debe partirse del supuesto de que cuando se redactó e introdujo por algo y para algo sería, del propio modo al indagar el sentido de una ley debe descartarse aquel que implique su falta de necesidad o de razón de ser y debe, por el contrario, suponerse desde luego que por algo y para algo se ha dictado. Y ese algo en el presente caso, en concepto del demandante, es nada menos, que la atribución a dichas asociaciones de una capacidad, de la que, por lo mismo, obligadamente debe colegirse y aun reconocerse que, en opinión del legislador, no tenían, ya que no podría comprenderse cómo se sienta él en la necesidad de decir que dichas asociaciones pueden obtener personería, sin comenzar él mismo dando por sentado que sin esa ley y antes de esa ley no les asistía tal capacidad. Así formulada o condensada la argumentación, da la apariencia de concluyente. Con todo, en el fondo no tienen los hechos la completa realidad que sería precisa a tal efecto, en forma de imponer el silogismo. Para encontrarlo así basta volver al citado contraste entre la disposición misma y el epígrafe y entre ella tal como quedó y ella tal como fue inicialmente proyectada. Lo que se deseó y propuso originariamente fue la declaración por el legislador de que esas asociaciones tienen de suyo esa personería. Así lo evidencia la lectura del artículo ya trascrito, en su versión primera, que fue la que prosperó en los sucesivos debates de la Cámara. Pero, no habiendo hallado ambiente propicio en el Senado y abocado éste por esos antecedentes y trámites a la necesidad de legislar sobre ese tema, vino a hacerlo en la forma que prosperó en él y que la Cámara acogió a la postre. De ahí se deduce un cambio total, claramente visible al confrontar las dos redacciones, el que no sólo es de contexto sino de finalidad y de sentido. Así las cosas, vino a producirse el hecho, no infrecuente en el Congreso, de que por uno u otro motivo se dicte una ley innecesaria, lo que infirma la antedicha reflexión aparentemente poderosa de que cuando él dicta una ley debe suponerse inexorablemente que para algo la ha dictado, reflexión que en el presente caso conduce, como se dijo ya, al demandante a sostener que del hecho mismo de haberse legislado es forzoso inducir que se ha creado una situación distinta de la preexistente, esto es, de la que había sin esa ley. Así, por vía de ejemplo, tomado al caso y muy adecuado por la segura falta de todo interés distinto del de humanidad, se tienen las leyes 18 de 1890 y 122 de 1913 encaminadas a acorrer a los municipios cuando les sobreviene alguna calamidad o siniestro como incendio, inundación o terremoto. Dictada y en vigor la primera, innecesaria fue la segunda, a que se proveyó, a no dudarlo, por faltar el recuerdo de la que desde 1890 regía. Y aunque tomada aisladamente la de 1913 sería de reflexionar que cuan-

Págs.

do el legislador la dictó con este solo hecho demostró que ella hacía falta y que sin ella permanecería un estado que era preciso cambiar, ello es que al sólo evocar la de 1890 se comprende que tal estado anterior distinto no es una realidad y que el orden de cosas que al respecto vino aparentemente a crearse en 1913 ya para entonces, y de años atrás, existía. Esa situación anterior es, al decir del demandante, en el presente caso, la de imposibilidad constitucional, por carecer las asociaciones masónicas de las dichas calidades, de donde deduce el cargo de violación del citado artículo 49, en cuanto, sin que aquellas las hayan adquirido, les confieren una capacidad que sólo con estos elementos tendrían. Como varias veces queda advertido en este fallo, la ley no concede de suyo la personería en discusión sino que se limita a declarar que puede obtenerse, agregando, además, que ello ha de ser de conformidad con las disposiciones reglamentarias de la materia. Esta reflexión indica de por sí que la ley no merece el cargo o que éste no se justifica. Como se vio, la ilegitimidad la encuentra el actor en lo atañedero a la religión o iglesia católicas, ante el citado art. 38. Esta disposición quedó derogada y reemplazada por el art. 13 del Acto Legislativo Nº 1º de 1936. Ya se vio cómo responde el Procurador General el cargo de ser secretas dichas asociaciones. Cabe observar que las diligencias para obtener personería jurídica exigen, entre otras formalidades, la presentación de los estatutos, con lo que riñe el secreto. El art. 49 quedó derogado y reemplazado por el 20 de la citada enmienda de 1936. Así las cosas y siendo eje y razón de la demanda el quebrantamiento por la ley acusada de

Págs.

dichos artículos 38 y 49 del Estatuto de 1886, se encuentra en esto un motivo más para no hallar la inconstitucionalidad apuntada por los acusadores. No puede perderse de vista que lo acusado es una ley por la cual las asociaciones masónicas pueden pedir reconocimiento de personería jurídica. La acusación no versa sobre disposición alguna que provea a crearlas. Si de esto se tratase, sería el caso de estudiar lo atañedero a la exigencia de no ser contraria a la moral ni al orden legal una asociación, corporación o fundación para formarse, tanto a la luz del art. 47 de la Constitución de 1886, como a la del art. 20 de la enmienda de 1936 aquí trascrito. Esta disposición confiere a toda asociación la potestad de pedir la personería en referencia. Ocurre observar que si esto es lo proveído por la ley 62 simplemente, mal cabe reputarla inconstitucional. Ella, ante la situación actual creada por la vigencia de ese art. 20 viene a ser hasta innecesaria. De resto, si al igual de toda otra corporación o asociación, las masónicas han de llenar los requisitos exigidos por las respectivas disposiciones reglamentarias de la materia para obtener personería jurídica, las gestiones que con este fin se hagan habrán de ser para las asociaciones masónicas como han venido siéndolo para las demás, el medio y a la vez la ocasión más indicada para que se establezca si reúnen o no los requisitos constitucionales de que acaba de hablarse, o sean los establecidos tanto por el citado art. 38 como por el 20 que lo reemplaza, desde el punto de vista en que a tan interesante respecto viene razonándose. Concretando el pensamiento a lo que debe concretarse el fallo para no decidir extrapetita ni ultra petí-

Págs.

ta, basta lo dicho sobre el efectivo sentido y alcance de la ley 62 y sobre que éstos no se hallan en su título o epígrafe sino en ella misma, es decir, en su artículo único, para reconocer, confrontando éste con el citado art. 20, que el cargo de inconstitucionalidad no puede prosperar." (Sentencia de la Corte Plena, XLIV, Nos. 1920 y 1921, marzo 13 de 1937). Salvaron su voto los magistrados doctores Liborio Escallón, Rodrigo Jiménez Mejía, José Antonio Montalvo, Miguel Moreno Jaramillo y Eleuterio Serna R. Dijo el doctor Jiménez Mejía: "Ya se estudie la ley 62 de 1935 que faculta a las sociedades masónicas para obtener personería jurídica desde el vértice de una u otra de las disposiciones constitucionales citadas, es evidente que está en contradicción manifiesta con ellas, puesto que dicha ley pone en capacidad de obtener personería jurídica a una institución seculavmente contraria a la moral de la civilización occidental, o moral del cristianismo, contrariando así la primera base fundamental de nuestro orden público... La jurisprudencia moderna se caracteriza por su afán de penetrar en las fuentes reales del derecho, por llegar hasta el hecho social, considerando que la ley no es más que la forma y que dentro de esa forma hay un contenido que es la substancia del derecho, formado por los aportes reales que producen el hecho social mismo... La sentencia se limitó a analizar la mera autorización legal para la obtención de la personería, sin descender al análisis de los efectos que traerá consigo tal autorización. El fallador se ha quedado en la superficie, se ha quedado en el parágrafo y el inciso, a estas horas en que la escuela científica del derecho restaurada por Francisco Gény, celebra su sincuentenario." Dijo el doctor Montalvo: "Además del aspecto religioso y moral del asunto es innegable que sólo deben tener vida jurídica las asociaciones que no vayan contra el orden público; que para pronunciarse sobre este punto tiene el Gobierno que conocer y aprobar los estatutos de la sociedad que aspira a ser reconocida como persona jurídica; que las sociedades secretas, puesto que lo son, no pueden dar a conocer sus verdaderos estatutos; que si los dieran a estudiar y los sometieran a la aprobación del Gobierno, dejarían de ser secretas; que las sociedades masónicas son de suyo, o sea, esencialmente secretas; y que, por consiguiente, las sociedades masónicas no pueden pedir ni obtener personería jurídica puesto que aun suponiendo derogados los principios constitucionales en materia religiosa no lo ha sido el referente a la prohibición de que existan asociaciones contrarias al orden jurídico o público. Y las sociedades masónicas son contrarias a él o, en la hipótesis más favorable, no es posible saber si son contrarias al orden, porque su naturaleza de secretas impide conocer a ciencia cierta su índole, su finalidad y sus verdaderos estatutos." El doctor Moreno Jaramillo dijo: "....Al decir la ley de 1935 que las logias masónicas pueden obtener personalidad jurídica, definió a tales asociaciones como acordes con la moral y con el orden legal. Pero si Congreso no tiene potestad para decidir que determinada índole de entidades se ajusta a la moral ni tampoco la tiene para hacer igual declaración respecto de cuanto deba juzgarse como violador del orden jurídico. Ni las buenas costumbres ni la ordenación jurídica emanan del Congreso. Las ideas morales existen y obran con independencia del legislador y aun

Págs.

Págs. Págs.

del constituyente. Existe una altísima doctrina, aceptada por la nación colombiana, digan lo que dijeren las Cámaras. Las buenas costumbres están estrechamente unidas al orden público. Normas de éste son las que haciendo parte del derecho público se relacionan con el estado civil, el matrimonio, la patria potestad, la educación cristiana, el respeto a la autoridad, etc., etc. Muchas veces el orden público se confunde con el interés de la comunidad. En un país como Colombia, la religión católica continúa siendo esencial elemento del orden social, no obstante haber sido derogado por los constituyentes de 1936 el principio de 1885 que hacía tal consagración. Por eso dentro de la moral y dentro del orden exigidos por el art. 20 de la enmienda de 1936, actúan las instituciones católicas." El doctor Serna expuso: "....Las sociedades secretas, mientras conserven su sigilo, escondan sus actuaciones y permanezcan herméticas ante el poder social, no pueden obtener personería, porque esa capacidad no se la concede el texto constitucional interpretado racionalmente. Ante las sociedades secretas el legislador y la autoridad administrativa se hallan imposibilitados para saber si los fines de aquéllas, su organización, su estructura, se conforman con la moral y el orden legal. Es de Francisco Ferrara, en su importante obra 'Teoría de las personas jurídicas', el siguiente concepto: 'Por lo demás, la apreciación de la licitud del fin, se deja a la autoridad pública, que examinando los estatutos prestará o no el reconocimiento. De lo cual resulta como supuesto que el fin de una corporación o institución debe ser manifiesto, por lo que no pueden aspirar a la personalidad jurídica las sociedades secretas, como las logias masónicas.' Y el doctor Escallón se expresó así: '.....Preceptúa el artículo 20 del Acto Legislativo número 1º de 1936, que es permitido formar compañías, asociaciones y fundaciones que no sean contrarias a la moral o al orden legal. Dentro de este último concepto, a mi juicio, está comprendida la noción de orden público, porque el orden legal de un país debe reflejar la idiosincrasia de éste. Uno de los factores que integran ese orden es el factor religioso, especialmente en países como el nuestro, en que predomina la unidad religiosa. Sería contra el orden público, contra el orden legal, toda norma dirigida a menoscabar, perturbar o desconocer el ejercicio o exteriorización del sentimiento religioso del pueblo colombiano y la libre actividad de la Iglesia Católica a este respecto. Si pues el hecho social, sentimiento católico del pueblo colombiano, está expresamente reconocido por el constituyente, art. 13, inciso final, del Acto Legislativo número 1º de 1936, si todo lo que atente o menoscabe ese sentimiento pugna contra el orden legal, art. 20 de dicho Acto y si es sabido que las sociedades masónicas, especialmente las de origen latino, atacan y combaten a la Iglesia Católica, y sus normas no son las de la moral cristiana, la cual tuvo en cuenta el constituyente en el inciso 3º del citado artículo 13, mi conclusión ha sido la de inexequibilidad de la ley 62 de 1935 por ser contraria, en mi opinión, a los artículos 13 y 20 del Acto Legislativo Nº 1º de 1936." (Sentencia de la Sala Plena de la Corte, XLIV, Nos. 1920 y 1921, marzo 13 de 1937)..... 625, 1º y 2º, 626, 1º y 2º, 627, y ss.

Págs. Págs.

LEYES ACUSADAS SOBRE DEUDAS

- 159 -

Fueron acusadas las leyes 37 de 1932, 11 de 1933 y los artículos 1º, 2º y 7º de la ley 46 de 1933, más los artículos 1º y 7º del Decreto 280 de 1932 y 1º del Decreto 420 del mismo año, sobre deudas, como contrarias a los artículos 26, 31, 34, 78, ordinal 5º, 120, 76, numeral 11, 79 y 80 de la Constitución, y 5º, 7º, 67, 69, 50, 55, 56 y 62 del Acto Legislativo Nº 3 de 1910. En lo sustancial, dijo la Corte:

"Por medio de los artículos 1º del Decreto 280 de 1932, 1º del Decreto 420 de 1932 y 1º de la ley 37 de 1932, se gravaron con un impuesto los intereses de las cédulas hipotecarias y los provenientes de contratos entre particulares. El exceso de los intereses, base del impuesto, es retenido por los deudores... De la exposición de motivos acompañada a la publicación del Decreto 280, resulta que el Gobierno se valió del impuesto, como del único instrumento constitucional que él creyó adecuado para restablecer el equilibrio contractual entre deudores y acreedores, roto con motivo del cambio ocurrido en la situación económica de ambas partes produjo la crisis mundial. El fin social del impuesto fue el de favorecer al deudor, sin detrimento del acreedor, permitiendo a aquél pagar el equivalente de lo estipulado, porque en ese entonces el poder adquisitivo del dinero había subido, poco más o menos, en la misma proporción en que fue gravada la tasa del interés. Igual propósito movió al legislador cuando ratificó la medida ejecutiva y la hizo extensiva a otros sectores de la actividad económica. Esto último se comprueba con los antecedentes legislativos acerca de la elaboración de las correspondientes leyes. Lo que antecede es suficiente para concluir que el legislador no creó un impuesto, porque él es tan impotente como cualquier otro para cambiar la naturaleza de las cosas. Pero ello, por lo mismo, no significa que la impropiedad en la denominación induzca la inexequibilidad de los mandatos y concesiones contenidos en las proposiciones jurídicas que se analizan.... Al estudiar el contenido de las proposiciones jurídicas que encabezan este capítulo, se echa de ver que el legislador no creó en realidad una norma nueva, ni por lo tanto vulneró la garantía institucional de protección a los derechos adquiridos, sino que, con técnica imperfecta, relievó una noción del derecho científico latente en la conciencia jurídica, circunscribiéndola a los intereses del capital. Noción aquella que el órgano legislativo hizo aparecer a los ojos de todos en las circunstancias de la regla. Esa noción de derecho es conocida en la doctrina y en la jurisprudencia con los nombres de la desaparición de la base del negocio, de la imprevisión, de la revalorización, o de la alteración de las circunstancias. Se basa la teoría de la imprevisión en el hecho de que en algunos casos dados se hace indispensable atribuir una cierta importancia, tanto a la finalidad del negocio como a las particularidades decisivas para su logro. Sea en la hipótesis del error en las representaciones sobre las circunstancias básicas del pacto al tiempo de su perfeccionamiento, o en la de su alteración esencial acaecida posteriormente. Los doctrinantes de la imprevisión dicen que una fórmula general sostenida tiene que intentar la combinación de los fac-

Págs.

tores subjetivos y objetivos y partir de si la parte contraria, procediendo de buena fe, y en atención al fin del contrato hubiese admitido que el contrato se hubiese hecho depender de la circunstancia en cuestión, o bien, de buena fe hubiese tenido que admitirlo si al concluirse el contrato se hubiera tenido presente la inseguridad de la circunstancia. Por consiguiente, para que una circunstancia sea reconocida como base del negocio, es menester un triple requisito: 1º Que la otra parte contratante haya podido conocer la importancia básica de la circunstancia para la conclusión del contrato. 2º Que fuese únicamente la certidumbre respecto a la existencia, subsistencia o llegada posterior de la circunstancia en cuestión lo que motivase a la parte, que le atribuía valor, a prescindir de pedir a la otra parte su reconocimiento como condición. 3º Y, finalmente, que en el caso de que la seguridad de la circunstancia se hubiese tomado en serio, la otra parte contratante hubiese accedido a esa pretensión, teniendo en cuenta la finalidad del contrato, o hubiese tenido que acceder procediendo de buena fe.' 3. En nuestro derecho privado positivo, la teoría de la imprevisión tiene preferente aplicación en los contratos a término, de prestaciones sucesivas y de especulación. Otras de las normas acusadas de la ley 37 de 1932, no constituyeron mandatos para los acreedores sino condiciones que el Estado les exigió al concederles ciertas facultades. Tales disposiciones son exequibles, contempladas *desde el* ángulo jurídico en que se ha colocado la Corte. Además, los bancos hipotecarios nacionales fueron liquidados por el Banco Agrícola Hipotecario, en virtud de convenciones celebradas sobre la

Págs.

base de las autorizaciones contenidas en los artículos 16 y 17 de la citada ley. Los preceptos sobre dación en pago de bonos nacionales de deuda interna y de cédulas del Banco Central Hipotecario, no son imperativos, ni convirtieron estos papeles en dinero, porque no reúnen las características de éste, como se infiere de lo que se dirá en el capítulo III. Las consideraciones de este capítulo se hacen extensivas, en lo pertinente, al inciso 1º del art. 2º de la ley 46 de 1933. La técnica empleada en todas las normas dichas las hace aparecer necesariamente con efecto retroactivo y explica la necesidad de artículos como el 7º de la ley 46 de 1933, pero si ellas se aprecian como se ha hecho, según la verdadera naturaleza de su contenido, la aplicación de esas normas es sencillamente inmediata. El legislador al hacer uso de la facultad que le confiere el derogado art. 50 de la Constitución evitó, en parte, los abusos que hubieran podido cometerse al amparo de una confusa y contradictoria jurisprudencia, la cual sin duda alguna habría surgido en ausencia de los preceptos legales que delimitaron uno de los campos de aplicación de la teoría de la imprevisión. 4. Las disposiciones referentes a los términos para rematar y a las ritualidades para el avalúo de bienes en los juicios correspondientes, tuvieron aplicación inmediata, pero no efecto retroactivo. Es indiscutible que la ley actual y no la precedente es la que se aplica como ley procedimental a todos los actos del procedimiento que se cumplen bajo su imperio. Por lo demás, no se ha puesto en duda la facultad del legislador para dictar normas procedimentales. 5. En cuanto a la rebaja de los intereses que pagan, por concepto de deuda interna los departamentos y los mu-

Págs. Núm.

nicipios, las consideraciones hechas sobre la naturaleza del impuesto demuestran la exequibilidad de la ley 11 de 1933, porque esta rebaja sí constituye un impuesto que el legislador podía establecer dentro de su órbita constitucional. CAPITULO III. El artículo 2º de la ley 45 de 1933 determina el valor de la moneda nacional en curso en relación con el oro amonedado, tanto colombiano como extranjero, y modifica, en lo relativo al pago de las obligaciones contraídas en valutas extranjeras, las disposiciones legales vigentes en ese entonces, en el sentido de establecer el momento que debe tenerse en cuenta para ser reducidas a moneda colombiana. No tan sólo porque el derecho moderno no puede configurarse en un sentido de indiferencia general hacia los problemas económicos comunes, sino, además, porque dentro de nuestro ordenamiento jurídico se hace imposible fraccionar la unidad conceptual del dinero, es necesario analizar en conjunto la teoría económico-jurídica de éste. Los economistas capitalistas afirman que el valor de las cosas es el de su cambio, motivo por el cual el valor de ninguna mercancía es absoluto sino que necesariamente está en función de otra mercancía. Expresa, pues, el valor de una relación. El valor de las mercancías es el que en la práctica se fija en el mercado bajo forma de precios. Estos, por lo tanto, son relativos, porque expresan los valores, también relativos, de la mercancía. Es fácil comprender esto, observando que se puede comprar una unidad de una cosa dada con tantas y tantas unidades de cada una de las cosas que queremos relacionar, o inversamente. De ahí que el valor de cada mercancía se mide relativamente a la unidad, la cual cuando sirve de medida de los precios, es inevitablemente la misma de los valores. La unidad que sirve de cálculo para la estimación de los valores, o unidad de cómputo, siempre ha sido de naturaleza abstracta y su existencia independiente se destaca, hasta cierto punto, de la mercancía que la encarna. Cuando una cierta mercancía sirve para definir la unidad monetaria como equivalente de una determinada cantidad de aquella, nadie la estima por sus cualidades físicas. "En el comercio no se da ni se toma el dinero como lo que físicamente representa, esto es, un trozo de papel, una pieza de cobre o una pieza de oro." El régimen monetario está integrado esencialmente por dos elementos: una tabla de cálculo de unidades abstractas y un conjunto de cosas utilizadas como signos monetarios, en los cuales se materializan, con la relación numérica de que se trate, aquellas unidades. A consecuencia de lo dicho se ha podido definir en derecho el dinero como "aquellas cosas que, en el comercio, se entregan y reciben, no como lo que físicamente representan, sino solamente como fracción, equivalente o múltiplo de una unidad ideal." Objeto, pues, de la teoría monetaria, es la determinación del concepto de la moneda mediante el análisis de las funciones esenciales de ésta, porque, para esa teoría, hoy ya es ajeno el estudio de la substancia material que constituye el signo monetario. La primera función de la moneda es la de servir de talón de valores, evitando el trueque, por medio del instrumento general de cambio que haya sido catalogado en la tabla única de unidad de cálculo. La segunda de sus funciones es la de servir de medio para solucionar legalmente ciertas obligaciones. En ambas funciones se

Págs.

atiende solamente al número y no a la cantidad en su sentido de masa o montón. Como la autenticidad de las cualidades materiales del signo monetario se halla garantizada por el Estado, aquellas nunca se comprueban. El texto del artículo 127 del Código Fiscal se amolda al concepto del dinero que acaba de expresarse. Para la perfecta comprensión de este artículo, se advierte que las palabras 'moneda de cuenta' significan la unidad de medida que sirve para valorar las mercancías independientemente de su equivalencia a la moneda en circulación. En el año de 1912, cuando se dictó la ley 110, no había oro acuñado colombiano en circulación ni en existencia. Hasta el año de 1914, según se deduce de la ley 120 que fijó el sello, gráfila, feble y diámetro de nuestras monedas de oro, no empezaron éstas a acuñarse. Con el establecimiento del régimen monetario de patrón de oro, el papel moneda existente era cambiado por billetes inconvertibles representativos de oro, en la proporción de cien pesos papel moneda por un peso oro. (Ley 65 de 1916). Se realizó, por consiguiente, un completo sistema monetario de patrón de oro con moneda de cuenta que demuestra, se insiste en ello, la naturaleza abstracta de la escala de precios y de la unidad de cálculo, los cuales no son consustanciales a una determinada cantidad de peso de oro, porque en la vida económica de la comunidad las relaciones por medir son esenciales, mientras que la unidad en la cual ellas son medidas es puramente formal. La ley 25 de 1923 concedió el privilegio al Banco de la República de emitir billetes de Banco, con curso a la vez facultativo y de caja, esto es, con carácter de recusable por parte de las personas y de obligatoria admisión en las arcas nacional, departamentales y municipales. La ley 82 de 1931 confirió a los billetes del Banco de la República curso legal, es decir, poder liberatorio absoluto, salvo que 'por contratos se estipule expresamente otra cosa.' Desde cuando se estableció el Banco de la República hasta el 26 de septiembre de 1931, funcionó en el país el sistema conocido con el nombre inglés de 'Gold Specie Standard', cuya 'esencia consiste en que el precio del oro, el valor del oro en unidades monetarias está fijado por la ley, y eso determina el valor de la unidad monetaria misma.' En efecto, las condiciones que lo configuran se hallaban todas reunidas: el oro circulaba libremente; en el mercado, por el hecho de la libre acuñación, el metal se presentaba de manera de permitir manipular la cantidad deseada con facilidad, rapidez y certidumbre; las piezas gastadas por el uso eran retiradas sin plazo de la circulación; la convertibilidad de los billetes del Banco era incondicional, sin que el curso legal de éstos alterara tales resultados; no existía obstáculo alguno a la fundición de las piezas amonedadas para la utilización industrial del metal; y, por último, la circunstancia de ser intercambiables, casi sin gastos, el oro amonedado y el oro en barras, hacía invariable el valor del uno por relación al otro. Este conjunto de factores explica que el oro, considerado como mercancía, se identificara en ese entonces con el verdadero patrón legal de valores. A partir del Decreto 1683 de 1931, se inició el sistema denominado 'Gold Exchange Standard', el cual había sido previsto por las leyes 25 de 1923 y 28 de 1931. El 'Gold Exchange Standard' es un medio práctico de economizar el uso del oro en

Págs.

Págs.

la aplicación del patrón de oro. Se puede compararlo al pago de saldos, por cheque, entre bancos, en la oficina de compensación, en lugar de solucionarlos con dinero efectivo. Se hace uso del oro en los negocios internacionales como uno de los medios de cambio, pero este es un medio de cambio, no entre diferentes mercancías (salvo indirectamente), sino entre monedas diferentes.' Según ese sistema, teóricamente no todo el oro se atesora por el banco emisor, sino que se invierte en colocaciones a corto término en plazas extranjeras, ganando interés. El banco emisor regula el cambio ofreciendo las divisas apreciadas y demandando las divisas depreciadas. Exporta también el oro, (el cual en ningún caso se acuña), cuando ello es necesario, para restablecer el equilibrio en esa combinación. Entendiendo por curso forzoso la dispensa al banco emisor de la convertibilidad de sus billetes, con el citado decreto no se modificó el curso legal del billete, pero tácitamente adquirió curso forzoso el crédito que esos billetes representan. Con lo dicho queda demostrado por qué razón el inciso 2º del artículo que se analiza se limitó a fijar el valor de la moneda nacional en circulación, en relación con el oro acuñado colombiano y extranjero. Es necesario distinguir en nuestra constitución las distintas categorías de los derechos fundamentales que ella garantiza y protege, a saber: a) Los absolutos; b) Los relativos; c) Los democráticos; y d) Los socialistas. La protección y garantía de los derechos fundamentales tiene un alcance de decisión política, y expresa la forma concreta de la unidad política del Estado colombiano, cuya estructura es la democrática, modificada por los principios del Estado de Derecho. En este caso sólo procede el análisis de las dos primeras categorías de aquellos derechos fundamentales. A la primera categoría pertenecen en su orden: el de la libertad de conciencia (artículo 13 del Acto Legislativo número 1º de 1936); el de la libertad personal (artículo 23 de la Constitución); el de la inviolabilidad del domicilio (ibidem); el del secreto de la correspondencia (artículo 19 del Acto Legislativo número 1º de 1936), y en parte, el de la propiedad privada (primer colon del inciso 1º del art. 10 del Acto Legislativo número 1º de 1936). Tales derechos absolutos se agotan en la idea de que por su esencia no representan propiamente bienes jurídicos, sino que integran la esfera de libertad para el individuo, cuya personalidad puede desarrollarse dentro de aquella en el sentido de realizar la feliz armonía de sus instintos sin obstáculo por parte de la autoridad o de la tradición. Ante esos derechos absolutos de libertad, se finge que 'debe detenerse aún el más fuerte interés de una mayoría, por grande que ésta sea; pues el valor infinito atribuido al individuo no puede ser sobrepujado ni siquiera por la suma de los valores de una mayoría preponderante.' Se dice que el Estado justifica su existencia ciñéndose a la protección de ellos. Por consiguiente, no pueden concebirse sino como anteriores y superiores al Estado, radicados en el hombre aislado y libre, para quien las leyes son extrañas en la creación de su contenido y sólo intervienen en la fijación de sus límites y en la reglamentación de su ejercicio. La síntesis de esa concepción, hoy inexacta, fue hecha por Nietzsche, así: allí, donde el Estado cesa, allí empieza el hombre, que no es superfluo; allí principia la

Págs.

Págs. Págs.

canción de lo necesario, al modo simple e insustituible.' Desde el punto de vista jurídico-constitucional colombiano, la declaración de esos derechos absolutos, comprende la aceptación del principio inmanente al Estado de Derecho, llamado de participación: 'una esfera de libertad del individuo, ilimitada en principio, y una posibilidad de inferencia del Estado, limitada en principio, mensurable y controlable.' Los derechos fundamentales relativos contienen un elemento político que les hace perder su calidad de poder radicarse en cabeza de cualquier sér humano y libre, por cuyo motivo malogran lo absoluto de su protección. Tal atributo político de esos derechos hace que su libertad, en el sentido del Estado de Derecho, en vez de la posibilidad de conducta ilimitada en principio, sea únicamente libre utilización de las energías sociales. Estos derechos fundamentales relativos son: libertad de prensa (artículo 42 de la Constitución); libertad de cultos (inciso 3º del art. 13 del Acto Legislativo número 1º de 1936); libertad de asociación (inciso 1º, artículo 20 del Acto Legislativo número 1º de 1936; libertad de tráfico en su triple modalidad industrial, comercial y contractual (artículos 31, 15 y 20 del Acto Legislativo número primero de 1936), y el de la propiedad privada conforme a la parte restante del artículo 10 del Acto Legislativo número 1º de 1936). La relatividad de ellos proviene de que simplemente son garantizados dentro de los límites de la norma correspondiente. Al lado de los derechos fundamentales, existen en nuestra Constitución las denominadas garantías institucionales. Son protección por parte del constituyente a ciertos derechos, con el fin de substraerlos a las cambiantes mayorías parlamentarias, procurándoles el mayor grado posible de estabilidad al impedir su modificación por la vía ordinaria del procedimiento legislativo. Lógica ni jurídicamente estas instituciones son derechos fundamentales, porque únicamente se configuran en consideción a la oportunidad de preservarlas en un momento social dado. Las garantías institucionales robustecen el principio que informa el Estado de Derecho en lo relativo a los derechos fundamentales, respecto de los cuales están en relación mediata. Son garantías institucionales, por ejemplo, las contenidas en los artículos 25, 26 y 30 de la Constitución, 3 del Acto Legislativo número 3 de 1910, 12 del Acto Legislativo número 1º de 1936, y lo referente (artículo 10 del Acto Legislativo número 1º de 1936) a la invulnerabilidad de los llamados derechos adquiridos, cuyo sentido científico es el de prohibir la retroactividad de las leyes. Los derechos fundamentales no pueden ser suprimidos por el procedimiento previsto en el artículo 70 del Acto Legislativo número 3 de 1910, sino tan sólo por un nuevo acto del poder constituyente. Son esenciales a nuestra Constitución y el legislador, mediante el anotado procedimiento, únicamente puede modificarlos. Ellos siempre prevalecen en conflicto de intereses (salvo en lo relativo a los actos de soberanía), porque entonces lo que debe analizarse es el radio de su acción, cuya medida de antemano ha sido precisada por el constituyente. Hay en nuestra Constitución un dualismo proveniente de la presencia simultánea en su seno de dos elementos con frecuencia contradictorios. Estado de Derecho y Democracia. El primero es el que organiza el Estado con un criterio

Págs.

de defensa de la independencia del individuo y de la propiedad privada, en el sentido de la libertad burguesa, de protección del ciudadano contra el abuso del poder del Estado. Esto informa el ya citado principio de participación. La realización de éste (libertad preestatal ilimitada del individuo, limitada facultad estatal para invadirla) se efectúa mediante la división del poder público en los tres órganos llamados a ponderarse recíprocamente: Ejecutivo, Legislativo y Judicial. El segundo elemento lo constituye la forma de gobierno, monarquía o república, y es por lo tanto político. Como se comprende, el Estado de Derecho puede coexistir con ambas formas. Estado es la forma política de la existencia de un pueblo o nación, porque por su origen es ante todo una formación humana de hecho que ha reducido a una unidad la comunidad de sus miembros por el efecto unificante de su organización. Por consiguiente, el elemento esencial del Estado es su pueblo. Una nación puede darse de dos maneras un gobierno: cuando ella, o sea el pueblo, actúa, directamente, caso en el cual presenta una magnitud real política, o cuando la nación, como un todo real, no aparece presente en su identidad inmediata, sino representada. En el primer caso, el pueblo es el portador del poder constituyente y se produce el elemento político-formal de gobierno constitutivo de la democracia (arts. 1º y 2º de la Constitución), al cual, se repite, pueden alearse principios del Estado de Derecho. En la democracia, el supuesto de la igualdad parte de la base de la homogeneidad sustancial del pueblo y por consiguiente, 'identifica a dominadores y dominados, gobernantes y gobernados, a los que mandan y a los que obedecen', en virtud de lo cual la

Págs.

soberanía del Estado y los poderes públicos emanan de la Nación. Es consecuencia de este elemento político-formal de democracia la de dar a ciertas leyes un contenido político independientemente o en asocio de los atributos formal y material de ley, propios y conocidos del Estado de Derecho. La ley de contenido político es 'voluntad y mandato concretos y un acto de soberanía.' Voluntad por ser primaria, inicial, incondicional, basada sólo en su propia fuerza de poder. Mandato, porque es su manifestación de la facultad que tiene el pueblo de reglamentar sus propios negocios y trazar su propia línea de conducta. De soberanía, por ser el acto ejecutado por el órgano que en virtud de su identificación con el pueblo, encarna la voluntad general. Ahora bien. El supuesto, el contenido y los efectos de la atribución a que se refiere el ordinal 15 del artículo 76 de la Constitución, está informado en el concepto político de ley. En pocas leyes, cuya cepa sea el elemento político, se halla éste tan objetivado como en las que regulan el complicado mecanismo sensible, sutil y delicado hasta el extremo que constituye el sistema monetario de un país, porque es la voluntad del pueblo en el ejercicio del comercio jurídico 'la que insufla en una cosa el alma del dinero. Ella es quien decide de que la cosa en cuestión sea dada y recibida meramente como N veces la unidad ideal.'.... El sistema monetario de un país pertenece a su Derecho Público. Este, en su aplicación y sus consecuencias, se rige entre nosotros con el criterio de la primacía incondicional de lo público sobre lo privado, por ser ello característico de la democracia. Lo dicho hasta ahora es la razón de ser, dentro de la teoría constitucional, de la exequibilidad del inciso 2º del ar-

Págs.

tículo que se analiza. En la técnica del Derecho Civil este fenómeno de la primacía del elemento político-formal de democracia sobre la garantía institucional de la no retroactividad de la ley, forma parte de la noción de orden público. Corresponde, pues, a la Sala de Casación Civil establecer la jurisprudencia para una correcta aplicación de la norma cuya constitucionalidad se reconoce. Todos los tratadistas de derecho que ocasional o sistemáticamente estudian el tema de la moneda, reconocen al Estado como un atributo suyo de todos los tiempos e indiscutible y con el nombre de soberanía monetaria, la facultad de regular ese tráfico en lo relativo, especialmente, a determinar la unidad de medida del valor, la naturaleza y obligatoriedad de los signos monetarios, la exclusión de los extranjeros, la emisión, desmonetización y convertibilidad de la moneda.... La deuda de dinero en contraste con la de género, puede, pues, ser satisfecha con cosas heterogéneas, porque la naturaleza física del objeto de la prestación no puede quedar fijada en el momento de constituirse la obligación. Esa misma carencia de homogeneidad en el dinero, elimina la diferencia cualitativa entre los signos monetarios de valor pleno, a causa de lo cual al acreedor sólo puede interesar el valor estatalmente asignado a cada clase de moneda." (Sentencia de la Corte Plena, XLIV, números 1920 y 1921, febrero 25 de 1937) (1)... 514, 1ª, 515, 1ª y 2ª, 516, 2ª, 517, 1ª y 2ª, 518, 1ª y 2ª, 519, 1ª y 2ª, 520, 1ª y 2ª, y 521, 2ª.

(1) Los magistrados doctores Liborio Escallón y Miguel Moreno J. y los conjueces doctores Alberto Suárez Murillo, Pedro M. Carreño y Ernesto Valderrama Ordóñez, salvaron su voto manifestando que aun cuando aceptaban la parte resolutiva de la sentencia y varios de los fundamentos que le sirvieron de base, estimaban pertinente hacer algunas aclaraciones contenidas en los conceptos que iban a exponer, no porque ellos hubiesen sido impugnados en la sentencia cuyo espíritu es muy elevado, sino porque deseaban dejar expresado su pensamiento respecto de algunas proposiciones de la parte motiva. Vid. G. J., Nos. citados, páginas 523.

Págs.

LIBRANZAS

- 160 -

Expedidas unas libranzas en el año de 1883, habiéndose proferido el Decreto Nº 491 de 18 de marzo de 1902 que ordenaba su registro dentro de cierto tiempo, no habiéndose registrado conforme a lo ordenado en ese Decreto, y habiendo pasado más de treinta años desde la fecha de su reconocimiento, el crédito contra el Estado está prescrito. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLIV, Nos. 1918 y 1919, noviembre 18 de 1936)..... 676, 1ª y 2ª

LIBRE ENAJENACION DE LOS BIENES

- 161 -

Dos esposos, en la escritura de compra de una finca raíz, habían estipulado lo siguiente: "Los compradores declaran entre sí: Que ninguno de ellos puede disponer de su parte mientras no muera uno de los esposos y en caso de que no haya sucesión, la parte que le corresponde a la señora Sánchez quedará para su familia o para sus hermanos."

Págs. Págs.

como el sucesor del comprador de la finca vendida por el marido antes de la muerte de su esposa iniciase juicio de reivindicación contra el poseedor material del inmueble y ganase el pleito, se alegaba por éste que la cláusula de no enajenación era válida y no reformaba ninguna disposición relativa al régimen de la sociedad conyugal. Dijo la Corte:

"Es incontestable —dice Josserand, tomo I, Nº 1837, refiriéndose al derecho francés en que no existe un texto como el artículo 37 de la Constitución colombiana que consagre expresamente el principio— que la propiedad es enajenable y que ese principio de la libre circulación de los bienes tiene un carácter de orden público. Economistas y juristas están de acuerdo sobre estos dos puntos. Ellos invocan en ese sentido tanto la estructura de la propiedad moderna que está destinada a cambiar de mano..... como numerosos textos que proclaman o que presuponen la aptitud de los bienes para circular libremente en virtud de la voluntad de su propietario: artículos 544, 896, 1048 y siguientes y 1594 (equivalentes a los artículos .....del Código Civil colombiano). Por lo demás es un principio el de que todos los derechos son cesibles, salvo disposición contraria de la ley, y como la enajenación se reduce a una cesión del derecho de propiedad, ella debe ser constantemente posible y lícita." Dos excepciones indiscutibles tiene ese principio, en concepto del mismo autor: a) Cuando la ley prescribe la no enajenación; b) Cuando la no enajenación se establece por los particulares pero por aplicación de un texto legal permisivo, en función de una institución regular. La jurisprudencia y algunos autores establecen una tercera excepción, muy discutida, la de las cláusulas de no enajenación estipuladas, no en aplicación de un texto legal permisivo y en función de una institución regular, sino por aplicación del principio de la libertad contractual. Muchos autores respetabilísimos estiman que tales cláusulas deberían ser consideradas como nulas por ser contrarias al principio de la libre circulación de los bienes y a varios textos del Código Civil. No se explica, dicen ellos, cómo un bien, enajenable en las manos de un propietario, puede llegar a ser de golpe inenajenable en manos de su causahabiente. Se comprendería que el enajenante retuviese en su provecho una parte de sus derechos o tal o cual prerrogativa, pero es extraño que sin nada conservar para él, no le trasmita sin embargo al adquirente sino una propiedad reducida y que el derecho de enajenar se volatilice así, pura y simplemente. Otros autores, y, en general, la jurisprudencia de los tribunales, admiten, pero bajo ciertas modalidades, las cláusulas de no enajenación. Sólo que, de acuerdo con esta segunda doctrina, para que tales cláusulas sean válidas y eficaces, es necesario que se reúnan tres condiciones: a) Que la cláusula de no enajenación sea temporal, pues no se podría poner definitivamente fuera del comercio un bien. Por lo demás, son asimiladas a las cláusulas perpetuas las que establecen la no enajenación por un período muy largo, por ejemplo, por toda la vida del adquirente; b) Que la cláusula pertenezca a un acto de enajenación y haya sido acordada con ocasión de una transferencia de propiedad. 'No podría depender de un propietario el decretar, por un acto de voluntad unilateral, que su cosa será en adelante inenajenable en sus manos..... En general y casi siem-

pre al acto de enajenación de que se trata es un acto a título gratuito, donación entre vivos o testamentos: el donante o el testador inmoviliza, por la cláusula de no enajenación, los bienes por él donados o legados....' c) Que la cláusula de no enajenación se justifique por un interés legítimo; como sucede frecuentemente, el acto escapa de la nulidad que lo amenazaba, gracias al móvil salvador que lo ha inspirado y que lo explica: es el móvil-fin, que es decisivo, y que llena una función justificativa. Es obvio que la cláusula tan discutida en este juicio, contenida en la escritura 112 de 10 de marzo de 1913, no reúne esos requisitos. De tal manera que, ni adoptando para el caso la teoría más favorable a las cláusulas de no enajenación, y considerándola con independencia de la aplicación de las normas imperativas sobre sociedad conyugal, podría ser estimada como operante y válida. De otro lado, cuál ¿sería la sanción a la infracción de un compromiso de esa clase? Nuestro código no resuelve el caso. Habría que acudir para resolverlo a las reglas generales de derecho, de conformidad con lo prescrito por el artículo 8º de la ley 153 de 1887. Dentro de ese orden de ideas resultaría pertinentísimo invocar la doctrina sostenida por muchos autores eminentes (Bartin, notas a Aubry et Rau, Tomo II, parágrafo 692) y consagrada en el art. 137 del Código Alemán, según el cual —para conciliar el principio de orden público que se opone a la no enajenación efectiva con el de la libertad de las convenciones— se le reconoce validez a la obligación de no enajenación al propio tiempo que se le reconoce validez a la enajenación hecha en violación de esa obligación. 'El derecho de disposición de un derecho cesible no puede ser excluído ni limitado por un acto jurídico, dice ese texto, pero se reconoce la validez de la obligación de no disponer.' De todo lo anteriormente dicho se deduce que no puede admitirse, como lo pretende el recurrente, que al ser rastreado el origen de la propiedad del demandante se llega a la conclusión de que Monroy no pudo vender válidamente sino, a lo sumo, un derecho proindiviso en el inmueble de que se trata." (Casación, XLIV, Nos. 1920 y 1921, diciembre 15 de 1936)..... 688, 2ª y 689, 1º y 2º

Págs. Págs.

LIBROS DE COMERCIO

- 162 -

Condenada una sociedad mercantil al pago de unas sumas de dinero en virtud de la demanda de uno de sus dependientes de comercio que había pedido la exhibición de los libros de la parte demandada y había ofrecido bajo juramento estar y pasar por lo que en ellos apareciese, alegaba en casación la violación de varios artículos del Código de Comercio por haberle reconocido el fallador al demandante el carácter de comerciante sin serlo.

"En los litigios entre un comerciante y un no comerciante los libros de comercio no hacen prueba en favor del comerciante sino excepcionalmente, pero en contra del comerciante constituyen siempre una prueba, dentro de la regla general de la indivisibilidad de tales libros. (Lessona, 'Juramento y prueba escrita', Nº 647). 'Los libros de comercio hacen siempre prueba contra el comerciante que los ha llevado, en provecho del que invoca su con-

Págs. Págs.

tenido —dicen Lyon Caen et Renault, 5ª edición, Tomo II, Nº 68). Poco importa que el debate se suscite con otro comerciante o con un no comerciante, a propósito de un acto de comercio o de una operación civil. Poco importa también que esos libros se hayan llevado irregularmente. Las enunciaciones de un libro de comercio contrarias a las pretensiones de un comerciante constituyen especies de confesiones escritas; la negligencia de aquel que los lleva no puede disminuir su valor.' En el mismo sentido dicen Lacour et Bouteron: 'Contra aquel que los ha llevado, los libros hacen plena prueba, cualquiera que sea la naturaleza del pleito y la profesión de la otra parte, cualquiera que haya sido la jurisdicción seguida y aunque ellos se hayan llevado irregularmente. En efecto, las menciones escritas en estos libros constituyen confesiones formales del comerciante.' No menos explícito es Rocco (Principios de Derecho Mercantil, Nº 149), sobre este particular: 'Eficacia probatoria de los libros contra quien los ha llevado. Aquí recobran vigor los principios generales del C. C.; por eso el artículo 50 no hace sino reproducir literalmente el 1329 del C. C. que dice: _____; de modo que quedan sin efecto cuantas condiciones y limitaciones imponen los artículos 48 y 49, en el caso de invocarse los libros contra quien los ha llevado; hacen fe también los libros auxiliares y aun los irregularmente llevados; y hacen fe también entre comerciantes y no comerciantes y aun en materia no mercantil. En resumen, los asientos de los libros constituyen una confesión escrita extrajudicial hacia la parte contraria.' De acuerdo con la doctrina que acaba de exponerse deben ser interpretados y aplicados los artículos 47 y 48 del Código de Comercio, según el primero de los cuales 'los libros hacen fe contra el comerciante que los lleva, y no se admitirá prueba que tienda a destruir lo que resultare de sus asientos', sin que pueda argüirse en contra de la aplicabilidad a nuestro derecho positivo de la expresada doctrina el contenido de los artículos 43, 49 y 51, pues estos últimos textos obviamente enfocan —para resolverla, en general de la misma manera que la doctrina francesa— la cuestión concerniente a la prueba de los libros en favor del comerciante que los lleva. Consecuencia lógica del principio que acaba de exponerse sobre la fuerza probatoria de los libros de comercio contra el comerciante que los lleva, cualquiera que sea la naturaleza del litigio y la profesión de la otra parte, es la de que el derecho consagrado en el artículo 46 puede ser invocado por un no comerciante, en un litigio con un comerciante, pues como acaba de verse la razón en que se apoya el aludido principio es la de que las enunciaciones de un libro de comercio contrarias a las pretensiones de un comerciante constituyen especies de confesiones escritas cuyo alcance probatorio es absolutamente independiente de la profesión de la contraparte en el juicio. Esta conclusión, por lo demás, concuerda con los principios generales sobre pruebas en los litigios suscitados entre comerciantes y no comerciantes, principios según los cuales el demandante, aunque no sea comerciante ni haya celebrado actos de comercio, puede usar contra su adversario, cuando éste es comerciante o ha celebrado actos de comercio, todos los modos de prueba que autoriza el derecho comercial. (Lacour y Bouteron, tomo I, Nº 795).

Finalmente, no puede perderse de vista que la regla consignada en el artículo 46 constituye una sanción contra el comerciante que rehusa cumplir la obligación que, en determinadas circunstancias, tiene de exhibir parcialmente los libros, y se funda en la consideración obvia de que solamente puede rehuir el cumplimiento de esa obligación aquel comerciante en cuyos libros aparecen constancias contrarias a los intereses que está defendiendo en el litigio. Es claro que aquella razón y este fundamento contribuyen a explicar que la expresada regla jurídica se aplique lo mismo que en el caso de que sea un comerciante quien ofrece estar y pasar por lo que constare de los libros de su contendor que en el caso de que sea un no comerciante quien tal cosa ofrece." (Casación, XLIV, Nos. 1914 y 1915, julio 31 de 1936)..... Págs. 94, 2ª, y 95, 1ª

LIBROS DE COMERCIO

- 163 -

"El valor probatorio de los libros de comercio, en las varias hipótesis que se pueden presentar, y entre ellas la de litigio por razón de un acto de comercio entre el comerciante profesional y el que no lo es, está regulada por los arts. 39 a 59 del Código de Comercio. Los libros del comerciante, por no tratarse de una causa mercantil con otro comerciante, no hacen plena prueba contra este último, pero el primero tiene derecho a que se tomen tanto a su favor como a su contra, puesto que la fe debida a ellos es indivisible (arts. 43 y 48 del código citado). Pero como se trata, según lo dicho, de una cuestión mercantil con persona no comerciante, los libros de Canalizo sólo establecen un principio de prueba que necesita ser completada por los medios probatorios que sanciona el derecho para que obren plenamente contra Delarroche." (Casación, XLIV, Nº 1917, julio 23 de 1936) (1)..... Págs. 313, 2ª

LINDEROS DE LA DEMANDA DE REIVINDICACION

- 164 -

Véase Reivindicación. Casación de 26 de mayo de 1936.

LIQUIDACION DE SOCIEDAD

- 165 -

"Las consecuencias de la personalidad de una sociedad, según apuntan con mucha razón Colin y Capitant, son: a) los bienes aportados a una sociedad no están divididos entre los asociados, sino que forman un patrimonio distinto del de cada uno de éstos y pertenecen al sér moral; de ahí que los bienes sociales son prenda exclusiva de los acreedores de la sociedad; b) la sociedad está representada por sus gerentes y administradores, y c) la sociedad es capaz de adquirir todos los derechos de patrimonio. Estas tres consecuencias surgen y son indiscutibles en el derecho colombiano, como el francés, al tenor de los artículos 2079, 2087, 2097, 2105, 2108 del C. C. y 493, 517, 518, 525 del C. de Co. nuestros. Las consecuencias de la disolución de una compañía, según los mismos expositores, son las siguientes: a) sobre-

(1) La cuestión principal contemplada en esa sentencia de casación está relatada ampliamente en el punto titulado CUENTA CORRIENTE.

Págs. Págs.

vive la personalidad jurídica, y b) viene como consecuencia del haber social, consecuencia que también emana de las disposiciones positivas de la ley colombiana. Respecto de la primera consecuencia, se observa: la disolución de la sociedad no lleva la desaparición inmediata de su personalidad jurídica, porque es necesario que el patrimonio social guarde su individualidad hasta que la liquidación se termine; de otra manera los acreedores sociales podrían perder el beneficio de su prenda exclusiva. La personalidad sobrevive a la sociedad para los efectos de la liquidación. Esta consecuencia, en los términos limitados que acaban de expresarse, que es la sostenida por la doctrina francesa, tiene también, como ya se ha dicho, apoyo en la ley y en la doctrina colombianas. En efecto: el liquidador de una sociedad es un verdadero mandatario (art. 537 del C. de Co.), y según el artículo 540 de la misma obra, el liquidador tiene entre otros deberes el de continuar y concluir las operaciones pendientes al tiempo de la disolución, y de cobrar los créditos activos y percibir su importe, lo cual no se ve cómo pudiera efectuarse, si la personalidad de la sociedad desapareciera automáticamente por el solo hecho de la disolución de aquélla. En sentencia de 21 de marzo de 1922, la Corte sostuvo que a la disolución de una sociedad, sigue un estado que la ley llama de liquidación, en que los socios continúan ligados por un lazo jurídico, mediante el cual están sujetos a derechos y obligaciones recíprocas emanadas de la sociedad extinguida; en fallo de 15 de diciembre de 1933, la Corte decidió que cuando una compañía está en liquidación, su personería jurídica radica en el liquidador; por último, en sentencia de 7 de noviembre de 1935, que corre publicada en los números 1901 y 1902 de la Gaceta Judicial, se estableció y demostró, corroborando la doctrina anterior, que la sociedad disuelta conserva su personalidad para los efectos de la liquidación y así se deduce de los artículos 537, 540 y 541 del C. de Co. La doctrina, pues, es copiosa al respecto y ha sido seguida por varios Tribunales Superiores, como el de Bogotá. Respecto de la segunda consecuencia, se observa: una vez terminadas las operaciones de liquidación, hay lugar a partir entre los asociados los bienes que constituyen el patrimonio social. El artículo 1872 del C. francés establece a este respecto la misma regla que el 2141 del C. C. colombiano y entonces ciertas normas de distribución del caudal hereditario y ciertas obligaciones del partidor, se aplican al liquidador de la sociedad. Entre estas últimas está la obligación del partidor de formar la hijuela de gastos para cubrir los créditos de los acreedores, y el art. 1393 del C. C. sería aplicable a este caso. Pagadas las deudas sociales, el remanente se distribuye entre los socios a prorrata de sus derechos y entonces los acreedores de un socio hacen efectivos sus créditos sobre la cuota que al socio deudor le corresponda, y a juicio de la Corte, el acreedor subrogado en los derechos de un socio, tiene derecho para que se adjudique lo que a éste correspondería. De lo anterior surge esta otra conclusión: el rematador del interés de un socio no se hace socio, pero sí está interesado en el haber social. Finalmente y para mayor claridad, la Corte observa que el carácter de acreedor de un socio en una sociedad colectiva o de subrogatario de un socio en la socie-

Pág.

dad, no da al simple acreedor ni al subrogatario ninguna ingerencia en la sociedad, ni intervención de ninguna naturaleza durante la existencia de ésta. Los derechos del acreedor se hacen efectivos de dos modos: a) Durante la existencia de la sociedad el acreedor obtiene la retención del interés del socio deudor, que puede consistir en dividendos, emolumentos, etc., etc.; b) Cuando la sociedad entra en liquidación, el acreedor subrogatario puede intervenir en ésta, para obtener la efectividad de sus derechos." (Casación, XLIV, Nos. 1918 y 1919, septiembre 30 de 1936) ..... 441, 2ª, y 442, 1ª

LIQUIDACION DE UNA SOCIEDAD

- 166 -

Véase: Liquidación de sociedad, Casación del 30 de septiembre de 1936, G. J., Nos. 1918 y 1919, páginas 441 y siguientes.

M

MANDATO

- 167 -

Guillermo Restrepo Uribe seguía un juicio sobre resolución de un contrato de compraventa y sobre restitución de la finca vendida, contra Alberto Acosta Ortega, como comprador, y contra el poseedor material Andrés Santodomingo Navas, el cual terminó por sentencia que hizo las declaraciones pedidas. Contra ella recurrieron en casación los causahabientes del poseedor que murió durante la segunda instancia del juicio, y entre los varios cargos que

Pág.

hicieron a la sentencia fue el uno de violación, ya por errónea interpretación, ya por no haberlos aplicado, de los artículos 2177, 2149 y 2150 del C. C., pues se pretendía que el vendedor Restrepo había sido un mero mandatario de otra persona y lo mismo el comprador.

"Aun aceptando las afirmaciones de los recurrentes sobre que la intervención tanto de Restrepo Uribe como de Acosta Ortega en su citada compraventa de los lotes de Chapinero no fue personal de cada uno para sí sino de aquellas otras personas para quienes prestaban ellos su nombre, ello es que este hecho no aparece mencionado remotamente ni siquiera sugerido en la escritura pública respectiva (la Nº 2530 de 18 de octubre de 1936), ni consiguientemente en los libros de registro. Es verdad que el art. 2177 del C. C. autoriza al mandatario para que, aun en el ejercicio de cargo, contrate en nombre propio; y es verdad que en el caso de contratar así no obliga al mandante respecto de terceros, y que no declara textualmente que el mandante no adquiera derechos correspondientes a obligaciones exigibles de terceros. Pero no es menos cierto que esto último se desprende de principios y preceptos legales ante los cuales la advertencia o declaración textual es innecesaria. El art. 356 del C. Co., por ejemplo, que autoriza al comisionista para obrar en nombre propio o en el de su comitente y que advierte que en caso de duda se presume haber contratado en su propio nombre, se complementa con el 357, según el cual, obrando en nombre propio, 'se obliga personal y exclusivamente a favor de las personas que contratan con él, aun cuando el comitente se halle presente a la celebración del contrato, se haga cono-

Pág. Pág.

ser como interesado en el negocio o sea notorio que éste ha sido ejecutado por su cuenta.' El art. 360 establece que el comitente carece en tal caso de acción directa contra los terceros, aunque sin embargo pueda compeler al comisionista a que le ceda las adquiridas por éste contra ellos. Y el 374, tras establecer que sólo el comitente puede reclamar por violación de las órdenes impartidas por él al comisionista, añade: 'Este y los terceros que hubieren contratado con él, en ningún caso podrán prevalerse de la infracción como un medio de nulidad.' No se quiere con estas citas decidir por el Código de Comercio un contrato que no es de este ramo ni aparece celebrado entre comerciantes; ni es el que a favor de la autorización que diera el art. 8º de la ley 57 de 1887 se estén aplicando esas disposiciones; simplemente se aducen como respaldo del concepto antedicho, según el cual nuestras leyes contienen disposiciones expresas que ajustan los casos de esta clase a lo que de suyo determinarían conocidos principios jurídicos. Si el mandante no es obligado con terceros cuando el mandatario contrata en nombre propio, no habría razón de equidad para que, faltando esta contraprestación, se confirieran sin embargo derechos contra los terceros a ese mandante. Por otra parte, hasta sobra observar que como el mandato le cesa todos los derivados de éste a cargo del mandatario, la carencia de derecho contra los terceros no lo deja desprovisto en absoluto. Claro es que no se está hablando de los casos en que el contrato ha pasado a ser del mandante ante los terceros por las declaraciones pertinentes del mandatario, sino de un caso, como es el presente, en que el mandante (Ernestina Rodríguez), que autorizó ab initio a Restrepo para aparecer adquiriendo para sí y que lo autorizó después a aparecer enajenando por sí, nada ha reclamado al respecto ni ha cedido a Acosta Ortega las acciones que a ella asistieran. Restrepo compró para sí y vendió por sí los lotes de Chapinero, prestando su nombre a Ernestina Rodríguez, al decir de los demandados en este pleito. Lo capacitó al efecto la voluntad de ella. No hay comprobante o dato sobre retiro o cesación de esta voluntad. En pie, pues, se halla la calidad de vendedor por sí mismo de que a Restrepo invistió Ernestina y de que sólo ella podría haberlo privado. No puede, por lo mismo, considerarse desaparecida en este proceso la calidad de vendedor con que él se ha presentado a ejercitar una acción que en verdad sólo al vendedor corresponde. Estas consideraciones bastan a rechazar los cargos atrás enumerados, sin lugar a discriminar las pruebas aludidas de cuya errónea apreciación se acusa al Tribunal, lo que sería hasta improcedente.....

La obra de Planiol y Ripert: Traité Practique de Droit Civil Francais, en su detenido estudio del mandato, consagra capítulo especial a aquel en que una persona figura contratando en nombre propio cuando en realidad lo hace por otro a quien así presta su nombre. De ahí que a la respectiva convención entre quien así procede y el verdadero interesado le llame prête nom, palabra con que también se designa a esa interpuesta persona y que corresponde al vocablo español testaferro, de procedencia italiana. En esa obra (tomo XI, pág. 863 y siguientes) se hallan conceptos cuya singular pertinencia al caso del presente litigio conduce a la Corte a trasladarlos aquí a cuento, trascribiendo unos y resu-

Págs. Págs.

miendo otros, a saber: 'La convención del prête-nom es un mandato en el cual se conviene en que el mandatario disimulará su calidad de tal respecto de terceros y se presentará obrando en nombre propio. El mandante oculta así a los terceros que las operaciones proyectadas se hacen por su cuenta, sea porque desea no ser conocido por sus contratantes, el público o el fisco, sea porque quiere evitar, poniéndolas en nombre de otro, la prohibición bajo la cual está él en sí de ejecutar tales operaciones.' 'El prête-nom obedece a las reglas de los actos simulados: no es, pues, de suyo ilícito. Nada obliga a mandante y mandatario a hacer públicas sus relaciones. Los terceros no pueden quejarse de la simulación cuando no les lesiona un interés legítimo. Se podría creer, sin embargo, que en fuerza de máxima conocida no se pueda emplear a la interpuesta persona en una acción ante el Poder Judicial. Pero la jurisprudencia ha rechazado la objeción alegando que esa persona no es un procurador, puesto que obra por sí mismo en el sentido que la condenación se pronunciará personalmente en favor o en contra de él; poco importa, se agrega, que se halle comprometido con un tercero a trasladar a éste en seguida los efectos de esa condenación. Así, pues, la máxima, aunque teóricamente sostenida, se ve privada de casi todo efecto práctico.' Entran en seguida en consideraciones relativas a los casos en que la convención sea nula, ya por serlo la operación proyectada, ya porque mire la interposición de persona a esquivar la ley o, en general, a cometer un fraude, como burlar disposiciones fiscales, o frustrar derechos de terceros, etc., y advierten que en todos los casos en que el prête-nom es nulo, el acto ejecutado por la interpuesta persona es igualmente nulo. Los terceros de buena fe interesados pueden invocar libremente la nulidad y demostrar la simulación por todos los medios probatorios; y, por el contrario, esa nulidad no podría invocarse por las partes contra los terceros de buena fe víctimas de la simulación fraudulenta. 'Los terceros que contratan sin fraude con la interpuesta persona tienen siempre a ésta como deudor. No solamente las reglas generales sobre simulación les permiten estar a la situación corriente, sino que, además, las formas del compromiso de aquél implican necesariamente que da su garantía personal para el cumplimiento de las obligaciones contraídas. Es la solvencia de la interpuesta persona lo garantizado por las cauciones y es contra la inpuesta persona contra quien se pronunciará la resolución del contrato en caso de inejecución de las obligaciones contraídas por él; la garantía implícita dada por él lo compromete aun en los casos en que los terceros han conocido su calidad. Inversamente, los terceros que han contratado con la interpuesta persona no pueden, en principio, rehusarle el beneficio personal de las estipulaciones que ha hecho; si aparece como comprador, es a él a quien deben entregar la cosa; si aparece como vendedor, es a él a quien deben pagar el precio, con tal que la apariencia de su derecho de propiedad resulte de su posesión si se trata de muebles, o de actos simulados si se trata de otros bienes; y es en provecho de esa interpuesta persona como se pronunciará la condena; caso de pleito, y en su beneficio como se fijará su colocación si se presenta en un proceso de prelación o de contribución con los títulos que

Págs. Págs.

aprovechan en realidad a su mandante. En todos estos casos los terceros no tendrán interés alguno en desenmascarar la simulación; cambiarían sin duda de acreedor, pero sus obligaciones permanecerían las mismas; de ahí que se les niegue la acción sobre declaración de la simulación. La recobrarían si tuvieran en ello un interés legítimo, en cuanto la existencia del mandato se les hubiera ocultado para causarles un perjuicio ilegítimo. Fuera de este último caso, nada impide la compensación legal entre la interpuesta persona y los terceros con quienes ha contratado.' Todo esto supone que la interpuesta persona, ajustándose al contrato que lo vincula al mandante, obra en su propio nombre y no en el de éste, porque en este último caso no se obligaría a sí mismo, y no obligaría a aquél sin tener mandato aparente. 'Los terceros han contratado con la interpuesta persona que han aceptado libremente como único deudor; no tienen, pues, acción contra el mandante aún si, al contratar, han conocido o sospechado la existencia del mandato. La acción para que la simulación se declare no les asistiría sino en cuanto el mandato hubiera sido disimulado con la intención de fraude. Todos los medios probatorios les estarían abiertos para eso. Estas soluciones deben sostenerse aun en el caso de que la interpuesta persona, después de haber contratado, haya revelado la existencia de su mandato. Sin embargo, por una convención expresa o tácita entre los tres interesados —mandante, mandatario y tercero contratante— los efectos de un mandato ordinario pueden sustituirse a los del prête-nom, aún después de ejecutado el acto, el cual deja entonces de producir sus efectos contra la interpuesta persona y el tercero para producirlos directamente entre éste y el mandante. Si el tercero contratante no tiene en principio acción contra el mandante, con mayor razón éste no la tiene contra aquél, que jamás lo ha aceptado como acreedor. Esto, naturalmente, no impide que después de la rendición de cuentas la interpuesta persona le ceda válidamente las acciones adquiridas contra sus contratantes.' También nuestra legislación contiene la referida distinción entre los casos en que medie y los en que no medie causal de nulidad por ilicitud de objeto u otro motivo. Así, por ejemplo, mientras el citado artículo 2177 del C. C. autoriza que el mandatario obre en nombre propio, aun en ejercicio de su cargo, con lo que implícitamente se afirma la licitud del procedimiento, el art. 1023 de la misma obra, al prohibir la asignación testamentaria a un incapaz y declararla consiguientemente nula, agrega: 'aunque se disfrace... por interposición de persona.' No sobrará recordar que nuestra jurisprudencia cuenta con repetidos fallos de esta corporación que distinguen como es debido entre la situación del mandatario ante los terceros con quienes contrató en nombre propio y ante el mandante y en que, al tiempo que reconocen la existencia de los derechos y obligaciones recíprocos que entre estos dos crea el mandato y que de éste y su desempeño se derivan, establecen que ante las personas con quienes el mandatario contrató en nombre propio tiene éste la responsabilidad y también todos los derechos correspondientes al contrato y a la calidad personal con que para con ellos o ante ellos procedió al celebrarlo. El hecho de no ser interesados por sí mismos, sino meros tenedores

Pág.

—de la Rodríguez el demandante Restrepo y de su parte el demandado Acosta Ortega— es la alegación cardinal de la defensa en las instancias y del ataque en casación, tanto de éste como de su codemandado y correcurrente." (Casación, XLIV, Nos. 1914 y 1915, julio 27 de 1936) ..... 85, 1ª y 2ª, 86, 1ª y 2ª, 87, 1ª y 2ª, y 88, 1ª

MANDATO

- 168 -

"Las verdaderas relaciones que realmente existan entre mandante y mandatario no son oponibles a los terceros con quienes contrate el mandatario mientras la extensión o contenido real de los negocios no hayan podido ser suficientemente conocidos de éstos a través de los poderes exhibidos por el mandatario. Y al contrario, los terceros de buena fe tienen el derecho de acogerse a la extensión de los poderes ostentados por el mandatario a ciencia y paciencia del mandante." (Casación, XLIV, Nº 1917, agosto 5 de 1936) 326, 2ª

MANDATO JUDICIAL

- 169 -

Al tenor del artículo 264 del Código Judicial, que concuerda con el 2194 del Civil, el mandato judicial no termina por la muerte del mandante si ya está notificada la demanda, mientras no sea revocado por los herederos o expire por otra causa legal." (Casación, XLIV, números 1914 y 1915, agosto 11 de 1936) ..... 114, 1ª y 2ª

MATERNIDAD DISPUTADA

- 170 -

Rafael Paredes no pudo presentar partida de bautizo que lo hiciese aparecer como hijo de Dolores Paredes y como hubiese obtenido la declaración de heredero ab intestato de Epaminondas Navarrete y la correspondiente entrega de los bienes relictos, fue demandado por los hijos legítimos de Navarrete, los cuales pidieron se declarase que el demandado no era hijo de Epaminondas Navarrete y Dolores Paredes y que no era heredero ab intestato de aquél ni como hijo legítimo, ni legitimado, ni por ningún otro concepto. Sentenciado el pleito de manera favorable a los actores, dijo la Corte en casación lo siguiente sobre el punto de maternidad disputada:

"Según la clasificación más reciente (Beudant y Lerebours-Pigeonnière, Tomo III, Nº 1240), las acciones relativas a la filiación pueden repartirse en tres grupos: a) acciones de reclamación de filiación materna o paterna; b) acciones de impugnación de filiación materna o paterna, entre las cuales se cuenta la acción de desconocimiento de la paternidad, que es la forma especial de impugnación de paternidad legítima; c) acciones que no tienden ni a reclamar ni a impugnar la filiación, sino a reclamar o impugnar la legitimidad de esa filiación, a rectificar o reconstruir actas de estado civil de conformidad con una filiación no impugnada o a justificar cuestiones de identidad. Entre las acciones del segundo grupo, que son

Págs.

las que interesan para el presente caso, figuran, por una parte, la que se intenta para establecer que la persona cuyo estado se discute no nació de la mujer casada que se señala como su madre, y, por otra parte, la acción de desconocimiento o impugnación de la paternidad que es aquella que se intenta sobre la base de que la maternidad no se discute para probar que el niño no es hijo del marido de la mujer que lo dio a luz. La primera de las aludidas acciones fue la que se promovió en el presente juicio. La segunda se había promovido antes, por los señores Navarretes, erróneamente, y había sido declarada improcedente. Entre una y otra hay sustanciales diferencias, de todo orden: La acción de desconocimiento de la paternidad no le pertenece, en principio, sino al marido, a tiempo que la otra puede ser ejercitada por todo el que tenga interés en ello. La acción de desconocimiento de la paternidad prescribe dentro de los términos señalados por los artículos 217 y 222 del Código Civil, mientras que la acción de impugnación o desconocimiento de la maternidad no está sometida a esas reglas especiales de prescripción. De todo lo hasta aquí expuesto se deduce: 1º Que como en el presente juicio los demandantes han comenzado por negar terminantemente que Rafael Paredes sea hijo de Dolores Paredes y han pedido primordialmente que en ese sentido se haga la primera de las declaraciones de la sentencia, es claro que no se trata ni de la acción de desconocimiento o impugnación de paternidad reglamentada por los artículos 214 y siguientes del C. C., que es la que, en principio, está reservada al marido y no puede ser ejercitada sino dentro del breve plazo señalado por el

Págs.

artículo 217 del C. C., ni de la acción análoga a que se refiere el artículo 237 para el caso de que el hijo haya sido concebido antes del matrimonio por la mujer del marido que desconoce o impugna la paternidad. Una y otra suponen una presunción de paternidad que se trata de destruir y la presunción de paternidad supone que no hay duda respecto de la filiación legítima materna. 2º Que la acción propuesta para establecer que Rafael Paredes no nació de doña Dolores Paredes no es una acción reservada exclusivamente al marido sino que es una de las acciones de estado que puede ser propuesta por todo el que tenga interés en ello. (Véase Josserand, I, Nº 1031; Colin et Capitant, I, Nº 237; Beudant, II, 1030; Planiol et Ripert, II, Nº 767). 3º Que dicha acción no está sometida por lo mismo ni a la prescripción establecida por el art. 217 ni a las reglas de los artículos 223 sobre citación a la madre y 224 sobre presunción de legitimidad durante el juicio. 4º Que, en consecuencia, ni fueron ni pudieron ser violados los artículos 223, inciso 2º, del Código actual, y 234, 235 y 241 del código caucano —que corresponden exactamente a los artículos 216, 217 y 224 del código colombiano— porque todos ellos se refieren al desconocimiento o impugnación de paternidad del niño concebido por la mujer de quien niega esa paternidad y suponen, para su aplicación, que haya habido lugar a la presunción legal de cohabitación y fidelidad, la cual —se repite una vez más— tiene que partir necesariamente de la base de que esté acreditada la maternidad (parto e identidad), de la mujer casada con el marido que impugna la filiación legítima paterna. Todo el Capítulo I del Título IX del código caucano —que corresponde al Ca-

Págs. Págs.

pítulo I del Título X del código actual y al cual pertenecen los arts. 234, 235 y 241— está consagrado a la cuestión de presunción de paternidad y requisitos y formas para desvirtuar tal presunción. 5º Que tampoco fue ni pudo ser violado el artículo 271 del código caucano porque este texto —que equivale al artículo 247 del código actual— se refiere a la impugnación de paternidad en el caso de la legitimación ipso jure del hijo nacido después del matrimonio, pero concebido antes por la mujer que contrajo el matrimonio con el hombre que pretende impugnar la paternidad. La ley presume que nadie se casa con una mujer encinta de otro y por eso le atribuye al marido la paternidad del hijo que ha nacido después del matrimonio, pero que fue concebido antes. Pero como no se trata de una presunción de derecho sino de una presunción legal que admite prueba en contrario, autorizó al marido para impugnar la paternidad en determinadas circunstancias. A esa impugnación de paternidad, es decir, al juicio tendiente a destruir la presunción legal antes aludida es al que se refiere el art. 271 del código caucano (247 del código actual). (Véase Barros Errázuris, tercer año, primera parte, números 148 y 149). 6º Que, finalmente, no hubo violación del art. 17 del C. C. actual porque el presente juicio, como se ha visto, se refiere a una cuestión completamente distinta del juicio promovido antes contra el mismo Rafael Paredes por los señores Navarretes. En el presente juicio se planteó como cuestión fundamental el asunto de la maternidad. El otro promovió la acción de desconocimiento o impugnación de la paternidad, a que se refieren los artículos antes citados del Capítulo I del Título X del Código Civil... Normalmente la acción de impugnación de la maternidad no es procedente sino cuando el supuesto hijo figura como tal en la respectiva partida de nacimiento o tiene la posesión notoria de ese estado civil. Pero hay casos especiales, como el presente, en que esa acción resulta procedente aunque el supuesto hijo no aparezca como tal en la partida de nacimiento ni tenga la posesión de estado. El hecho de que Rafael Paredes hubiera obtenido a su favor una declaratoria de heredero en el juicio de sucesión de Epaminondas Navarrete, sin tener ni partida de nacimiento ni posesión de estado, hizo procedente la acción de impugnación de maternidad para los demandantes, pero naturalmente en condiciones distintas de aquellas que se prescribieron por el legislador para los casos especiales contemplados en el Título XVIII del Libro I del Código Civil. Como lo explican Colin et Capitant, Tomo I, Nº 362, ciertas decisiones judiciales relativas al estado civil (como la declaratoria de heredero que obtuvo Rafael Paredes), tienen un efecto provisional mientras no se demuestre que reposan sobre hechos inexactos o sobre pruebas insuficientes. 'La decisión judicial tiene entonces un valor análogo al de las pruebas ordinarias en materia de filiación, acta de nacimiento, posesión de estado, por ejemplo. Esas pruebas hacen fe provisionalmente, pero quien discute la autoridad de ellas puede destruirlas aportando pruebas contrarias... Dentro de esta concepción las decisiones dadas en materia de estado no tendrían, con respecto a terceros, la autoridad de la cosa juzgada en el sentido de que no bastaría invocarlas para cerrarles la boca a las partes no representadas en la instan-

Págs.

cia, que quisieran discutir los resultados, pero harían fe provisionalmente...' Eso es lo que ha acontecido en el presente caso: los demandantes han tenido que promover la acción de impugnación de la maternidad porque Rafael Paredes había obtenido a su favor una decisión judicial que desde cierto punto de vista tiene analogía con las pruebas ordinarias en materia de filiación. Pero es claro que en tales condiciones a esa acción no le podían ser aplicables las reglas sobre prescripción contenidas en el art. 337 del C. C. para los casos de impugnación de maternidad especialmente contemplados en el Título XVIII del Libro I, como que las hipótesis por éste previstas y resueltas son distintas: dicho título se refiere a los casos en que haya necesidad de expulsar de una familia a quien, por virtud de un falso parto o de una suplantación de personas, aparezca en los registros del estado civil o en la sociedad, como miembro de tal familia." (Casación, XLIV, Nos. 1914 y 1915, julio 31 de 1936) ..... 103, 2º, 104, 1º y 2º, y 135, 2º

MAXIMAS DE LA EXPERIENCIA PARA LA INTERPRETACION DE LOS CONTRATOS

- 171 -

Véase: Interpretación del contrato. Casación del 19 de junio de 1936.

MEDIO NUEVO EN CASACION

- 172 -

"Se llama medio nuevo en casación según Paye, 'La Corte de Casación, tratado sobre sus atribuciones, su competencia y el procedimiento observado en materia civil', Nº 123 —el que no ha sido expresa o implícitamente sometido por la parte que lo invoca al tribunal cuya decisión se ataca, o que no ha sido apreciado por ese tribunal.' 'Hay casos, dice el mismo autor, en que el juez ha creído de su deber examinar de oficio un medio que no había sido presentado. Este medio no puede ser considerado como nuevo, puesto que su admisión o su refutación han servido de base a la sentencia atacada que puede encontrarse viciada. Se ha decidido inclusive que el demandante en casación puede, en ese caso, producir en respuesta un medio nuevo sin que se le pueda reprochar el no haberlo presentado ante el juez de hecho..." (Casación, XLIV, Nos. 1914 y 1915, septiembre 2 de 1936)... 139, 2º

MEDIOS NUEVOS EN CASACION

- 173 -

"Los medios nuevos en casación, que son aquellos que no han sido materia de controversia en las instancias del juicio, no pueden ser atendidos en el recurso por la sencilla razón de que esto equivaldría a variar la demanda iniciada y a modificar la relación jurídico-procesal. Tal ha sido la doctrina de la Corte en muchos fallos, entre ellos los de 30 de abril de 1920 y 23 de julio de 1929.... Un medio nuevo no puede alegarse en la demanda de casación cuando no ha sido materia del debate, pero cuando ese medio nuevo se interpreta o estima como de orden público, puede alegarse en la demanda de casación y acusar por ese concepto la sentencia aunque ese medio no haya juga-

Págs.

do ningún papel en el debate." (Casación, XLIV, Nos. 1918 y 1919, noviembre 28 de 1936)..... 502, 1ª y 2ª

MEDIOS NUEVOS EN CASACION

- 174 -

La idiosincrasia y finalidad del recurso de casación impiden la presentación en él de medios nuevos, o sean, los que vienen a exponerse por primera vez ante la Corte. Esta es doctrina constante de la corporación. (Casación, XLIV, Nº 1917, septiembre 29 de 1936)..... 338, 2ª

MEDIOS NUEVOS EN CASACION

- 175 -

"No se puede hacer valer ante ella (la Corte de Casación) —dice Faye— ningún medio nuevo, es decir, que no haya sido expresa o implícitamente sometido por la parte que lo invoca al tribunal cuya decisión se ataca, o que no haya sido apreciado por ese tribunal, a menos que la ley le haya impuesto el examen de oficio por un interés de orden público; pero aun en este último caso la admisión del medio está subordinada a la condición esencial de que él se apoye sobre hechos y documentos sometidos al juez de fondo. Es una aplicación de esta doble regla: a) Que una sentencia no puede ser casada sino por una violación de la ley cometida por el juez al cual no se le puede tachar el que no haya resuelto sobre un medio que no le ha sido propuesto; b) Que, por razón de la prohibición hecha a la Corte de conocer del fondo de los negocios, ella debe tomar el debate en el estado en que éste ha sido presentado ante el juez del hecho, sin que ningún elemento nuevo pueda ser introducido." (Casación, XLIV, Nos. 1920 y 1921, diciembre 15 de 1936)..... 687, 1º

MEJOR DERECHO A LA ADJUDICACION DE MINAS

- 176 -

Véase: Minas. (Casación del 30 de abril de 1936).

MERITO EJECUTIVO

- 177 -

La decisión judicial ejecutoriada de la cual resulta una obligación expresa, clara y exigible de pagar una suma de dinero, presta mérito ejecutivo. (Arts. 549 y 982, C. J.). (Auto, Sala de Negocios Generales, XLIV, Nº 1916, agosto 24 de 1936) 266, 2ª

M I N A S

- 178 -

Denunciada una mina por unos individuos y pedida su posesión, una compañía de minas se opuso y, asumiendo por ese hecho el carácter de actora, pidió se declarase que tenía mejor derecho que los denunciantes al dominio y posesión de tal mina, ya por comprender ésta porciones de otras de propiedad de la compañía o por haberlas adquirido, ya por no haber sido abandonadas, o por no poder denunciarse dentro del área de ellas otras como abandonadas ni como nuevamente descubiertas. Fallado el pleito adversamente a la compañía actora, ésta recurrió en casación alegando, entre otros motivos, el no haber decidido el tribunal sentenciador la acción de me-

Pág. Pág.

por derecho, sino que se concretó exclusivamente a la de dominio. Dijo la Corte:

"El mejor derecho de que habla el art. 66 se refiere a la adjudicación. Ante las disposiciones del Capítulo VI de dicho código, capítulo cuyo nombre es 'Oposiciones', se halla que lo contemplado en ellas es el caso en que se denuncia una mina cuya adjudicación y posesión se piden y alguien por razón de su descubrimiento anterior se opone alegando este mejor derecho a todas las pertenencias que van a entregarse o parte de ellas. Así las cosas, ese art. 66 agrega: 'en este caso el juicio tendrá por objeto que se decida cuál de los denunciantes tiene mejor derecho a que se le adjudique la mina o parte de mina disputada'. Del Capítulo XXII son materia los juicios ordinarios sobre minas. Comienza con el art. 382, que los define y que advierte no ser sólo los ordinarios comunes, sino también los en que se ventila la posesión y propiedad, no sin advertir, evitando así la duda que pudiera ocasionar el silencio, que además lo son los del citado art. 66. Y a este fin se expresa en estos términos: 'También es ordinario el juicio sobre mejor derecho a la adjudicación de una mina, conforme al art. 66.' No sobra llamar de paso la atención hacia la claridad que estas palabras arrojan, en el mismo sentido ya dicho, sobre que la locución mejor derecho se refiere o concreta a la adjudicación. Estas breves citas hacen ver que cuando se controvierte entre dos personas o grupos de personas sobre a cuál de los dos ha de adjudicarse una mina dada, situación que obliga, apenas habrá para qué ponerlo de presente, a comprender que esa mina no está adjudicada aún, es cuando procede reconocer que la contienda versa sobre el mejor derecho que a la adjudicación tenga una y otra de las dos partes contendoras; y que cuando se disienta, no sobre mejor derecho a la adjudicación, sino sobre si el opositor lo tiene, como dueño, a impedir que al denunciante se dé la posesión que pretende, entonces se está en juicio no sobre mejor derecho a la adjudicación, sino sobre la posesión misma, en razón del título ya existente en favor de quien, por obra de él, sostiene ser dueño y demanda que esto se le reconozca y declare. El primer caso es el contemplado por el referido Cap. VI, de que hacen parte los citados artículos 59 y 66. El segundo caso es el contemplado en el Cap. XXII, de que hacen parte los citados arts. 382 y 383. Como queda dicho, la demanda inicial del presente pleito ordinario sobre minas no tiene por objeto una adjudicación por hacer, en cuya busca vayan ambas partes, de manera que cada una aspire a que esa adjudicación sea para ella y no para la contraria. Esa demanda, clara en su pedimento cardinal y más clara aún, si posible, en atención a sus hechos fundamentales, lo que solicita es que se reconozca el dominio preexistente, ya de tiempo atrás, en favor de la compañía demandante, en razón de tener título por traspaso de quien lo había adquirido originariamente a perpetuidad, y porque la mina no puede reputarse abandonada." En lo referente al cargo relativo a la apreciación de títulos, dijo la Corte: "El artículo 4º del Código de Minas dice que el dominio de las minas se adquiere o por adjudicación del Poder Ejecutivo o por cualquier medio traslativo conforme a las leyes comunes; pero sobre este último agrega: 'siempre que el primitivo enajenan-

Págs.

te se le hubiera expedido el correspondiente título, o que éste se obtenga conforme a las disposiciones del Capítulo 7º de la presente ley.' Rompe tal Capítulo VII el artículo 70, según el cual se entiende por título el expedido 'por la autoridad competente al denunciante de una mina, para que pueda justificar con él que el Estado le ha cedido la posesión y propiedad de dicha mina', y agrega que se da también esa denominación a los que la tienen conforme al Código Civil; pero no sin advertir: 'Con todo, no se dice que una mina es titulada sino cuando su goce está asegurado con el título de que habla el inciso 1º de este art.' Una y otra de estas dos disposiciones exigen de modo imperativo e inequívoco la concesión conferida por el Estado como clave o razón de ser de la existencia de un título..... Observa el Tribunal que la Compañía Minera de Santander no pudo dar como tradente lo que no tenía... Añade que conservar implica haber previamente adquirido, y que los pagos, que miran a la conservación, no suplen el comprobante de la adquisición, que obligadamente ha de ser la adjudicación emanada del Estado, conferida por el Estado. Esta adjudicación ha de ser la base sine qua non del dominio, el eslabón primero e indispensable en una cadena cuyos eslabones restantes bien pueden ser títulos entre particulares, de los que sirven a éstos para la trasmisión y las trasferencias de bienes. En habiendo aquel primer eslabón, aquella indispensable base primaria, caben legalmente esotros; pero en faltando aquel, esos otros elementos no valen. Salta a la vista y bien se comprende, sin necesidad de una advertencia rayana en la necedad, que se está hablando de minas y de título minero." (Casación, XLIV, Nos. 1914 y 1915, abril 30 de 1936) (1).... 42, 1º y 2º, y 44, 1º y 2º

Págs.

M I N A S

- 179 -

La compañía de minas que se opuso a la posesión de una mina solicitada por varios individuos alegaba en el recurso de casación, entre otros cargos a la sentencia del Tribunal, que habían sido violados algunos artículos del Código de Minas, tales como los arts. 6º, 117, 125 y 346 por cuanto no se había tenido en cuenta el aviso que dieran los denunciantes de la mina.

"Se considera: Efectivamente lo primero que debe hacer el descubridor es dar ese aviso, al tenor de dicho artículo 346. Pero esto y que las demás disposiciones citadas por el recurrente como violadas por el Tribunal se refieran al aviso, no puede entenderse como exigencia de que en el juicio ordinario de oposición obre ese aviso original. Esa exigencia no la hacen esas disposiciones." Otro de los cargos consistía en la pretendida violación de los artículos 23 y 30 del Código de Minas. Dijo la Corte: "La definición de pertenencia en función de las medidas antedichas no puede entenderse en el sentido de atribuir a las referidas medidas un carácter de indivisibilidad, ni como exigencia de que cada mina tenga precisamente la figura

(1) Posteriormente, en sentencia de fecha 24 de junio de 1937, reafirmó la Corte su doctrina de que el MEJOR DERECHO se refiere a la ADJUDICACION. Véase el Nº 1925 de la GACETA JUDICIAL, página 245.

geométrica y la extensión matemática correspondiente a una o más pertenencias cabales, al punto de llegarse al extremo de imponerse sobre la naturaleza misma, con la cual las más de las veces sólo por venturosa y casual coincidencia pueden identificarse. Es obvio que una mina dada puede terminar antes de llegar a los extremos matemáticos fijados por dicha figura geométrica y por dichas medidas y que, terminada ella, bien puede adelante haber otra, a cuya denuncia y adjudicación, así las cosas, no se podría oponer ese mero detalle de orden matemático, ya que en lo que sería sobrante de la respectiva figura geométrica podrían y pueden caber interesados distintos. Así, pues, no puede prosperar el citado cargo de violación del art. 23, ni aun dándole a aquél el sentido a que se está aludiendo." (Casación, XLIV, número 1917, agosto 25 de 1936) ..... Págs. 331, 1ª, 333, 1º

MINAS

- 180 -

En un juicio sobre deslinde de minas el Tribunal sentenciador decía que no existe en el Código de Minas una disposición de donde se deduzca que "el solo rechazo de la oposición produzca el efecto de dejar definitivamente trazada la línea divisoria" y que el artículo 55 de ese código no puede interpretarse en el sentido de que la delimitación definitiva es la que resulta de la mensura que se lleva a cabo en el acto de darse la posesión, cuando ésta se da como consecuencia de haberse rechazado la oposición, sin que se haya, por lo tanto, ventilado el juicio a que se refiere ese artículo. En casación que se intentó contra la sentencia, dijo la Corte:

"Si se tiene en cuenta que en minas el juicio de deslinde tiene por objeto fijar como línea divisoria una de las dos que alegan las partes, sin que pueda el sentenciador escoger una tercera diferente a ambas (C. de Minas, art. 412), es claro que el rechazo de una oposición deja definitivamente trazada la línea indicada por los denunciantes de la mina, aun cuando la parte resolutiva del fallo no contuviera la decisión del aquí mencionado. La tesis del Tribunal colocaría en situación privilegiada al colindante de una mina cuya oposición se rechaza. En efecto, si el colindante, citado oportunamente, no se opone a la posesión que va a darse, pierde su derecho a la parte de la mina comprendida en la mensura de la nueva. Si la oposición se acepta, la sentencia de deslinde determinará de las dos líneas alegadas, cuál es la limítrofe. En ambos casos la situación jurídica del denunciante, como la de su vecino, es estable, puesto que, bien la sentencia o la ley, definen aquellas de manera inequívoca. En cambio, el simple rechazo de la oposición colocaría, según la tesis del Tribunal, al denunciante o restaurador de la mina en una posición precaria, porque siendo como es imprescindible la acción de deslinde, estaría sujeto indefinidamente a una posible reducción de la cabida de su mina en favor del vecino cuya oposición se desestimó." (Casación, XLIV, Nos. 1918 y 1919, octubre 31 de 1936) ..... Págs. 460, 2ª, y 961, 1º

MINAS DE PETROLEO

- 181 -

En atención a lo dispuesto por el art. 28 de la ley 37 de 1931 pasó el

Págs.

Ministro de Industrias a la Sala de Negocios Generales de la Corte el expediente sobre solicitud para explorar unas minas de petróleo a fin de que se decidiera si eran o no fundadas las pretensiones del interesado. Al estudiar la Corte la cuestión referente a validez de los títulos, propuesta por el Procurador, dijo lo siguiente:

"La Corte observa que si es verdad que el aviso del descubrimiento de una mina da nacimiento al derecho a la adjudicación, está sujeto al cumplimiento por el interesado de todos los demás requisitos, denuncios, posesión, medida de la mina y expedición del título. Lo que demuestra —y este punto se dilucida más ampliamente adelante— que el aviso de una mina, si bien confiere derechos a favor del avisante para que terceros no avisen también la misma mina, no constituye tal acto un derecho en la mina, en la propiedad sobre ella, sino un derecho a que con el avisante se prosigan las diligencias ulteriores para que si cumple con todos los requisitos de la ley, se le adjudique y titule la mina a su favor. Y no constituyendo, como no lo constituye el aviso de una mina, un derecho en ella, dicho acto, si bien necesario ordinariamente para llegar a la titulación, no es un requisito sine qua non para que la adjudicación pueda decretarse, si todas las demás diligencias se satisfacen debidamente. Y si estas últimas, como el denuncio, mensura, amojonamiento y titulación se cumplieron al amparo de una legislación que permitía adjudicar las minas de petróleo, no hay razón para que por la sola falta del aviso dentro del término en que rigió el artículo 112 del Código Fiscal, haya de producirse como consecuencia legal del título respectivo.. MINAS AVISADAS

Págs.

DURANTE LA VIGENCIA DEL CODIGO FISCAL. Las minas de este grupo pueden subdividirse en dos clases: minas adjudicadas durante la vigencia del artículo 112 del Código Fiscal y minas adjudicadas cuando ese art. había sido ya derogado por la ley 75 de 1913..... El derecho adquirido, a que hace mención el señor Procurador, que genera el aviso y el denuncio de una mina, no puede ser otro que el que en armonía con las disposiciones legales respectivas se permite obtener, o sea el de que con el avisante y denunciante de la mina se prosigan las diligencias conducentes a la adjudicación y titulación de ella. Observa el señor Procurador que, según reza el artículo 117 del Código de Minas, el que da el aviso adquiere un derecho a dicha mina, que no se pierde sino en cualquiera de los seis casos contemplados en el artículo 118. Evidentemente, el artículo 117 establece que en el caso por él contemplado se adquiere un derecho preferente al de toda otra persona. Lo que quiere decir que el artículo da la norma para resolver conflictos por razón de posibles derechos opuestos de varios particulares entre sí. Lo confirma el propio título del capítulo respectivo del código: 'relación de derechos entre los que pretenden una mina' (subraya la Sala). Los derechos aquí contemplados son, pues, los que surgen entre distintas personas y no entre éstas y el Estado, dueño de las minas. Las reglas del capítulo se aplican para resolver dificultades o conflictos entre varios avisantes o denunciantes u otros que pretenden tener derecho a la adjudicación de una mina. Pero por sobre los derechos de todos ellos a obtener la titulación respectiva, se halla colocada la ley que manda o prohíbe adjudicar mi-

Págs.

nas a particulares, que cuando es prohibitiva hace imposible para todos los interesados, cualquiera que sea la posición jurídica en que ellos se encuentren entre sí, adquirir las minas por medio de la adjudicación y titulación respectivas. De otro lado, las causas por las cuales ocurre la pérdida del derecho contemplado en el artículo 117 a las cuales se refiere el artículo 118, demuestran que el derecho a que alude el art. 117 no es en favor del avisante sobre la mina, sino a su favor para que con él se prosigan las diligencias conducentes y para que se le haga la adjudicación, si no pierde su derecho (art. 118): 1º Por no denunciarla oportunamente. 2º Por no entregar oportunamente al comisionado para dar la posesión el pliego respectivo. 3º Por no pedir la posesión dentro de los términos establecidos. 4º Por no solicitar también dentro del término el título. 5º Por no pagar puntualmente el impuesto. 6º Por no oponerse a la posesión que de la mina vaya a darse a otra persona. Todas estas omisiones indican que, puesto que por cualquiera de ellas se pierde el derecho de que trata el artículo 117 del C. de Minas, tal derecho es apenas el del avisante a que con él se continúe la tramitación para que más adelante, si fuere el caso, se le adjudique la mina. El artículo 127 del código, citado por el señor Procurador, dispone que el que adquiera derecho a una mina conforme a lo dispuesto en el capítulo anterior, será conservado en él por las autoridades mientras no la abandone. Y como los derechos de que trata el capítulo anterior son los que adquieren el avisante y el denunciante de una mina, a que se les adjudique, si a ello hubiere lugar, el artículo 127 nada agrega a la calidad sustantiva del

Págs.

derecho concedido por el art. 117. Conforme al artículo 128, y según lo observa el señor Procurador, puede darse la posesión y el título de una mina con arreglo al actual código, habiéndose hecho el denuncio y las otras diligencias conforme a la ley anterior. Esto es así porque por virtud de ambas legislaciones se ha permitido o se permite la adjudicación de las minas. Una nueva ley, el actual código, no tiene interés en que se prohiba la adjudicación de determinadas minas. Pero prohibida tal adjudicación, la ley prohibitiva debe producir sus efectos. Se reconoce validez por el artículo 128 a los actos ejecutados antes de la ley actual, pero porque así lo establece expresamente tal disposición, y porque la nueva ley y la anterior coinciden o armonizan en cuanto dan el derecho a obtener las adjudicaciones de que allí se trata. Pero no ocurre lo mismo cuando se han practicado algunas diligencias tendientes a la adjudicación de una mina al amparo de una ley que permitía adjudicarla, y se han realizado posteriormente las demás diligencias cuando la ley permisiva estaba ya derogada... Que la ley 84 de 1927, artículo 3º, sí expresó claramente el propósito de suspender las propuestas y contratos de petróleo, dice el señor Procurador, y que no sucede lo propio cuando, como en el caso contemplado, apenas existe la simple derogación del art. 112 por virtud de la ley 75 de 1913. Se observa: la ley derogatoria nada dijo de la suspensión de las adjudicaciones que entonces estaban en curso, pero al derogar la ley anterior, que las permitía (art. 112) dio una norma que no limitó en sus efectos o consecuencias. Y de aplicarla resulta que no se puede ya hacer adjudicaciones de minas de pe-

Pág.

tróleo, con posterioridad a la expedición de la ley 75 de 1913. Por lo dicho en este punto, hay necesidad de concluír que los títulos de las minas mencionadas arriba, que fueron expedidos con posterioridad a la vigencia del artículo 112 del Código Fiscal, no son válidos por hallarse afectadas de nulidad las titulaciones correspondientes." (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLIV, Nº 1916, agosto 31 de 1936) ... 269, 2ª, 270, 1ª y 2ª, 271, 2ª, 272, 1ª y 2ª,

MONEDA CORRIENTE, MONEDA DE PAPEL, PAPEL MONEDA

- 182 -

Véase: Moneda en que debe hacerse el pago. (Sentencia de instancia de la Sala de Casación Civil, XLIV, Nos. 1920 y 1921, abril 28 de 1937).

MONEDA EN QUE DEBE HACERSE EL PAGO

- 183 -

Al casar la Corte la sentencia proferida por el Tribunal de Bogotá, que había decidido en segunda instancia el juicio ordinario promovido en primera por Bjarne Hofseth contra la Compañía de Cementos Portland Diamante, S. A., profirió un auto para mejor proveer y luégo la sentencia de instancia, en la cual se ha tratado el punto importante de la moneda en que debe hacerse el pago al actor. En cuanto a ella dice el fallo del Juzgado: "moneda corriente", y la parte motiva de él es de este tenor: "Y por cuanto en Colombia solamente hay una especie de moneda y, además, atendiendo a lo dispuesto por la ley 46 de 1933 en su art. 2º, inciso 2º, el pago debe ordenarse en moneda corriente, sin distinguir oro, o papel representativo, o billetes del Banco de la República." Sostenía el actor que el pago de la suma de dinero que cobraba por razón de sus servicios prestados a la Compañía demandada debía hacerse en oro, y la Compañía que en moneda colombiana o en billetes nacionales. En esa sentencia de instancia a que nos referimos, dijo la Corte:

Pág.

"El demandante no se queja de que la condena se hiciera en moneda corriente, pues este extremo lo formuló él mismo en su demanda, sino de que no se incluyera en la condena el cambio o diferencia que según él existe entre el oro colombiano y esa moneda o billetes, diferencia que, dice, asciende a que un peso en oro colombiano acuñado equivale a más de dos y medio pesos en billetes. Sobre este tema tan importante considera la Corte. Cuando se restableció la libre estipulación (leyes 33 de 1903 y 18 de 1904), y cuando entró a regir la ley 59 de 1905, así como la 35 de 1907, la moneda colombiana era el billete nacional de curso forzoso; de suerte que las disposiciones de éstas miraban hacia el oro colombiano amonedado como algo abstracto, no como una realidad material; pero cuando, sea por virtud de la ley 69 de 1909, sea por causas de orden fiscal y económico distintas o las mismas que obraron para dictarla, vino a tener efectividad esa ley 35, cuyo texto respectivo pertinente a la cuestión que se estudia se halla también en la 110 de 1912, ya fue una verdad real en nuestro régimen monetario el peso oro de

Págs. Págs.

las condiciones detalladas en estas leyes, y entonces la faz de los hechos fue, consiguientemente, muy distinta. Por eso cuando la ley 120 de 1914 determinó el sello y demás detalles físicos de las monedas de oro y de plata establecidos en sus arts. 1º y 5º, hubo de advertir en el art. 6º lo pertinente a los monedas que a la sazón se estaban acuñando; y en esta senda la ley 65 de 1916 concedió las autorizaciones que expresa, lo que en relación con la marcha de la amonedación colombiana hace ver cómo se la adelantaba. Cabe recordar que esta ley 65, calificando los billetes papel moneda de "restos de antiguas emisiones", fijó su cambio por billetes representativos de oro a razón de ciento de aquéllos por uno de éstos, lo que implica completa igualdad entre tales billetes representativos y las monedas mismas representadas, con las cuales tenía ya establecida la misma relación de $ 100 billetes, papel moneda, por $ 1 en oro, el artículo 26 de la ley 59 de 1905, citada atrás de paso. Ante la nueva realidad, el legislador de 1923, al proveer (ley 25) a la creación del Banco de la República, en quien delegó la potestad de emitir billetes expresivos de pesos oro (art. 16), y quien reemplazó a las Juntas tanto de Conversión como de Vigilancia (art. 24), encargada aquella por la citada ley de 1914 del cambio de billetes ya expresado, estableció que los billetes del Banco no tendrían curso forzoso (art. 17), pero serían convertibles a su presentación (art. 19). Llevada a los hechos esta convertibilidad a la vista, los billetes, tanto los que aún circulaban emitidos por la Nación misma, como los que emitió el Banco, quedaron en pie de igualdad sobre las bases antedichas, con el oro amonedado, y desapareció, como algo a la verdad incongruente con esa realidad nueva y hasta incompatible con ésta, toda diferencia, todo cambio o apremio o descuento entre billetes y monedas colombianas. La ley 82 de 1931, al reformar la que acaba de citarse, no alteró, sino antes bien confirmó, lo que a la sazón fijaba nuestro régimen monetario, en cuanto a la faz de éste relacionada con lo debatido sobre moneda en el presente juicio. En tal estado las cosas, vino a carecer de alcance y hasta de sentido práctico la estipulación en que al pactarse oro colombiano dijese "o su equivalente en moneda corriente", ya porque esta equivalencia era la completa igualdad de que acaba de hablarse, ya porque por la locución moneda corriente no podía menos de entenderse indistintamente tanto el oro acuñado como los billetes que lo representaban y que eran efectivamente cambiados por monedas de aquél a su presentación en cualquiera de las oficinas de caja del Banco de la República. Y fue en la última época que acaba de esbozarse cuando se celebró y cuando se rompió el contrato a que se refiere este litigio, no sin que antes de aquel, que es de 18 de junio de 1932, se hubiera dictado el decreto Nº 1683 de 1931, que suspendió temporalmente el libre comercio de oro, prohibió la exportación de este metal y autorizó al Banco de la República para hacer el cambio de sus billetes en giros a la vista sobre Nueva York, a tiempo que, según el mismo decreto, se reglamentó la obtención de giros sobre el exterior en estrechos límites y mediante la Comisión de Control de operaciones de cambio con las facultades y deberes indicados rígidamente en el mismo decreto, que rigió desde su fecha (septiembre 24). Así quedó

Págs.

suspendido el cambio de que se viene hablando. Que ello fue así, aunque la voz suspensión no se pronunciase, lo persuaden las palabras mismas de la ley, pues al dictarse la 46 de 1933, su art. 2º, en el inciso 2º, expresamente así lo declara cuando, al fijar para lo dispuesto en el inciso precedente el mismo artículo una duración de cinco años, hace la salvedad de que antes se haya 'restablecido el cambio por oro de los billetes del Banco de la República.' Ese inciso precedente, o sea el primero del art. 2º de esa ley, 46, dice: 'Las obligaciones contraídas en oro colombiano acuñado se cubrirán a la par en billetes colombianos representativos de oro o en billetes del Banco de la República.' Así, pues, estando privados tales billetes de su anterior convertibilidad, que había sido efectiva, la ley dispuso que con ellos a la par se cubrirían las obligaciones contraídas en oro colombiano. Los tribunales y tratadistas de aquellos países sobre los cuales cayó más rudamente con sus estragos la guerra europea, han tenido que meditar honda y ahincadamente en los problemas monetarios surgidos de las emisiones de billetes, de la alteración de valor o precio de las monedas y en general de las medidas que sobre estos tópicos fueron ocasionadas o impuestas por aquel conflicto y sus ulteriores repercusiones. De ahí que esté singularmente justificada la cita de las tesis jurisprudenciales de esos países y de las doctrinas de sus expositores y comentadores. Mr. Cény, en su estudio La validité juridique de la clausule 'Payable en or', censura la jurisprudencia de los tribunales franceses que sostenidamente han declarado nula tal cláusula, jurisprudencia que él contempla detenidamente desde diversos puntos, y

Págs.

en desde el estrictamente legal desde el cual formula esa censura, fundada en no haber disposición legal que haciendo nétamente esa declaración de nulidad o prohibiendo aquella estipulación, diera sólido fundamento a tales decisiones. Ocurra desde luego observar cuán distinta es la situación del caso en Colombia, dada la ley 46 y sus disposiciones que acaban de trascribirse. Es el billete de banco promesa de pagar una suma de dinero al portador y a la vista; por tanto es, en principio, convertible en dinero; de ahí que los economistas lo denominen moneda de papel, locución tan diferente u opuesta a esta otra: papel moneda. Su convertibilidad y la fe inspirada por el Banco los hace recibir como especies metálicas. Cuando hay obligación de recibirlos como moneda en curso, esto constituye el curso legal del billete. Y aquí ocurre otra oposición de locuciones, pues si ésta significa obligación de recibir los billetes como monedas bajo la obligación del Banco de convertirlos a la vista en éstas, cuando cesa esta obligación y se establece o subsiste la de recibirlos en pie de igualdad con las monedas, el curso forzoso es aquello ante lo cual se está. La obra de Lyon-Caen y Renault Traité de Droit Commercial, estudiando los temas a que se alude aquí (tomo IV, págs. 698 y siguientes), dice que 'Las disposiciones relativas a la inconvertibilidad tienen un incontestable carácter de orden público' Analizando esa obra las cláusulas contractuales encaminadas a excluir el pago en billetes, advierte cómo son hasta inútiles cuando éstos no tienen curso legal, ya que entonces le es dado al acreedor negarse a recibirlos, y cómo son nulas bajo el curso forzoso, esto es, mientras el Banco está dispensado

Pág.

de su obligación de convertirlos, 'porque el curso legal interesa entonces al orden público, en cuanto tiene la finalidad de impedir la depreciación excesiva de los billetes y de asegurarle al Estado que puede servirse de los que el Banco le da en préstamo. Ninguna ley pronuncia esa nulidad, como si la declaró, por ejemplo, la ley de 12 de septiembre de 1790 sobre las cláusulas que excluyesen el pago en asignados; pero para que una convención contraria al orden público sea nula, no se necesita disposición especial; basta la general del art. 6º del Código Civil.' NOTA—Este artículo del Código Civil francés a que se refieren los autores que se vienen citando y parcialmente trascribiendo, corresponde al art. 15 del nuestro. La misma obra, extendiendo ese concepto de nulidad a las estipulaciones del orden en referencia anteriores al curso forzoso, acalla las objeciones que a este respecto ocurrirían con esta reflexión: 'No se podría objetar que la nulidad de un acto no puede provenir de causa posterior a la fecha del mismo. Las estipulaciones de que se trata están afectadas de un vicio que las hace nulas ab initio para el caso de que el curso forzoso se establezca.' En la obra de Colin y Capitant Cours Elémentaire de Droit Civil Francais, tras del estudio sobre las varias clases de leyes relativas al derecho privado y al examen detenido de las imperativas o prohibitivas, se leen estos conceptos: 'Cuantas veces alguien desconozca en un acto jurídico una disposición legal fundada en consideraciones de orden público, ese acto será ineficaz, esto es, no producirá efecto alguno, aunque la ley no haya impuesto expresamente esta sanción. El legislador se pondría en contradicción consigo mismo

Pág.

si reconociera valor a un acto violatorio de sus mandatos.' Ch. Beudant en su Cours de Droit Civil Francais, en la sección dedicada al Título preliminar, comentando el art. 6º de ese código (art. 15 del nuestro), dice: '....por leyes de orden público se entienden aquellas que interesan a la sociedad colectivamente más bien que a los ciudadanos considerados individualmente, las que se inspiran en el interés general más que en el de los individuos. Si se toman las palabras en este sentido, el art. 6º significa que los particulares pueden derogar por su voluntad las leyes que no miran sino a su interés privado o individual, pero no las que son de interés general o público....' 'En esta fórmula (leyes de orden público), no es al calificativo público al que hay que poner mayor atención, sino al sustantivo orden. La noción de orden ha contribuído a orientar la doctrina y la jurisprudencia para la aplicación de aquel artículo. En el interés general el Estado debe organizar un orden: orden en la constitución política, en la administración, en los servicios públicos, en la familia, en la vida económica; debe prohibir o reprimir todo hecho, todo acto tendiente a alterar ese orden o indirectamente a comprometerlo....' 'Una institución es de orden público por estar destinada a crear un orden general cuya finalidad no puede alcanzarse si no se someten todos, si el orden general no prevalece sobre los casos e intereses particulares.' La obra citada ya de Colin y Capitant contiene (tomo II, página 278 y siguientes), estos conceptos: 'Cuando la unidad monetaria nacional se ha depreciado después de nacida la deuda, el deudor se libera, sin embargo, válidamente, cubriendo a su acreedor la suma

Págs.

convenida, según el valor nominal de las piezas de moneda o de los billetes de banco. En otros términos: es el acreedor quien soporta la pérdida representada por la depreciación de la moneda, a menos de haberse estipulado lo contrario en el contrato, estipulación que es válida en tanto que el curso forzoso no se haya establecido.....' 'En los períodos de gran crisis el legislador se ve obligado a dar curso forzoso a los billetes de banco. Esto significa que el banco queda dispensado hasta nueva orden de cambiar sus billetes por especies metálicas. Como se ve, el curso forzoso es una medida análoga a una moratoria, inspirada por consideraciones de salud nacional (sería poco decir sólo de orden público), en la mira, sobre todo, de preservar el encaje metálico del Banco de Francia, principal sostén de nuestro crédito en el exterior... Es el deseo de protegerse contra tales incertidumbres lo que conduce a insertar en los contratos cláusulas en cuya virtud el deudor se obliga a libertarse no en papel sino en oro (cláusula oro) o, más prácticamente, se compromete a entregar al acreedor una suma en papel que represente el valor en moneda de oro de la prestación convenida (cláusula valor oro). El resultado de esta estipulación, en cuanto sea válida, es el de hacer caer sobre el deudor la pérdida eventual del cambio, la que, de otro modo, es de cargo del acreedor.' 'Vivamente se ha discutido la validez de estas cláusulas. Muchos han sostenido que, no prohibiéndolas ningún texto, son perfectamente lícitas. Según ellos, las leyes que establecen el curso forzoso se limitan a dispensar al banco de su obligación de convertir sus billetes en especies metálicas y no prohíben a las partes estipular el pago en monedas distintas de los billetes de banco. Sin embargo, la cuestión se ha resuelto desde 1873 por la Corte de Casación en el sentido de la invalidez de las cláusulas en referencia. La Corte observa que el curso forzoso viene a añadir su efecto al del curso legal, de donde concluye que estas dos medidas conjugadas imponen a los particulares la obligación de recibir como moneda legal los billetes del Banco de Francia por un valor equivalente al de las especies metálicas. Estas disposiciones, por otra parte, dictadas en la mira de conjurar una crisis inminente, son de orden público y, en consecuencia, no es permitido a los particulares derogarlas. Toda cláusula conducente a eludirlas es nula y como no escrita.' En el Traité Practique de Droit Civil Francais de Planiol y Ripert, tomo VI (con el concurso del Prof. Esmein), se hallan estos conceptos bajo el epígrafe 'Organización General del Estado', dentro del estudio de la Causa y el objeto (página 315): 'Toda convención estipulada en la mira de impedir o esquivar la aplicación de las reglas sobre organización general del Estado y el funcionamiento de los servicios públicos, está herida de nulidad....' 'Es así igualmente con las convenciones tendientes a escapar a la aplicación de una regla que interesa a la seguridad o la salubridad públicas o de las leyes penales'. 'Entre las funciones del Estado se encuentra la de determinar el instrumento monetario. Las leyes que fijan el valor de la moneda y su poder liberatorio se han considerado por la jurisprudencia como leyes de orden público. Todas las cláusulas encaminadas a prevenir los efectos de la depreciación monetaria (cláusulas de pago en valor oro, en moneda extranjera, etc.) han sido ano-

Págs. Págs.

ladas por la jurisprudencia en cuanto hayan tendido a crear una diferencia de valor entre la moneda metálica y la moneda fiduciaria.' En la obra del Prof. Arthur Nussbaum intitulada El dinero en la teoría y en la práctica ante el derecho alemán y extranjero, se halla, a los respectos aquí contemplados, que después de distinguir entre los billetes de urgencia (Notgeldscheine), emitidos por entidades distintas del Estado, y los billetes de éste, y de ver cómo las entidades emisoras de aquellos contraen la obligación de restituir, de la que el Estado puede conceder moratoria, observa que éste con sus propios billetes puede establecer la admisión forzosa; y así se crea lo designado por las palabras 'dinero de curso forzoso' (swanglaufiges Geld). La posibilidad de que el Estado llegue a obligar al comercio a admitir monedas o billetes por su valor nominal, dando lugar así a los supuestos de hecho que al dinero corresponden, es una cuestión de poder (Macht). Y agrega la misma obra que se viene citando: 'De un modo expreso reconoce en el comercio el poder de crear dinero el Código de Comercio italiano, en su art. 39, según el cual el dinero puede tener corso legale o commerciale nel Regno...' 'De todo lo expuesto se deduce que el nominalismo no implica en manera alguna el estatismo. Pero esto no quiere decir que discutamos la facultad que al Estado corresponde en tiempos normales para decidir acerca de la creación y de la anulación del dinero, sencillamente por la razón de ser el Estado señor efectivo del tráfico monetario. La facultad del Estado para la regulación de ese tráfico ha sido en todo tiempo un atributo indiscutible para el poder público. En la doctrina de la Edad Media aparecía el príncipe como titular exclusivo de la regalía monetaria. La doctrina moderna la ha sustituido por la soberanía del Estado en materia de dinero (Geldhoheit des Staates), llamada ordinariamente, con demasiada limitación soberanía monetaria (Münzhoheit). 'La soberanía monetaria comprende la facultad de regular legalmente la circulación del dinero en todo el territorio del Estado y, especialmente, la de dictar disposiciones relativas a la obligatoriedad de aceptación, a la exclusión de signos monetarios extranjeros, y, sobre todo, a la emisión y recogida del dinero del Estado. En general, es de interés público reservar al Estado, o a los establecimientos autorizados por él, la emisión del dinero. Pero esta reserva exige siempre un fundamento legal. La legislación alemana pecaba por defecto en este punto hasta la promulgación de la ley 17 de julio de 1922 sobre moneda de urgencia.' La fabricación y emisión del dinero del Estado no constituyan solamente, como en alguna ocasión se ha entendido, una actividad industrial que radica en el campo del derecho privado, sino que da lugar, por virtud del contrato oficial del contenido y peso del metal que el cuño representa, a un acto de derecho público.....' A más de los conceptos trascritos hasta aquí, obra para ante la Sala que está sentenciando en este caso el fallo de la corporación en Sala Plena en la demanda de inexequibilidad por inconstitucionales de varias disposiciones, entre ellas el art. 2º de la ley 46 de 1933, fallo que por sí solo sería decisivo al respecto para el que se está dictando. Esta sentencia de la Sala Plena, pronunciada el 25 de febrero del año en curso, negó la inexequibilidad demandada, por los múltiples fundamentos que

detenidamente expone. En lo que respecta a la moneda optó por el sistema nominalista, en cuanto halla que el valor de ella se determina en cada Estado por las disposiciones de este Estado y no por el precio comercial del metal contenido en cada pieza. Allí se ve también cómo las disposiciones de esta categoría son de interés general, no infirmables, por tanto, por convenios particulares. Si, a la luz de ese fallo y tal como concurren a demostrarlo también las trascripciones precedentes, disposiciones como las nuestras citadas y parcialmente trascritas— de ellas cardinalmente dicho inciso 2º del artículo 2º de la expresada ley 46— son de interés general, de orden público, y aun, por mejor decir, con la feliz expresión atrás copiada, de salud nacional, no las pueden abrogar las estipulaciones de los contratos entre particulares por medio de los cuales éstos pretendan eludirlas o desvirtuarlas en su cumplimiento, así esas estipulaciones sean obra de precaución o de resguardo anticipado." (Sentencia de la Sala de Casación Civil, XLIV, números 1920 y 1921, abril 28 de 1937) ..... 641, 2ª, 642, 1ª y 2ª, 643, 1ª y 2ª, 644, 1ª y 2ª, 645, 1ª y 2ª, 646, 1ª y 2ª, 647, 1ª y 2ª.

MONOPOLIO DE COMUNICACIONES TELEGRÁFICAS

- 184 -

Acusado como inconstitucional el Decreto Nº 1365 de 1935, por el cual se reglamenta la concesión de licencias para la instalación y explotación de estaciones radiodifusoras, dijo la Corte sobre monopolio de comunicaciones lo siguiente:

Pág.

"Tanto el Gobierno en el art. 1º del decreto como el señor Procurador en su concepto invocan como fundamento de aquél los artículos 137 y 138 del Código Fiscal que establecen el monopolio oficial para las comunicaciones telegráficas, telefónicas, inalámbricas u otras análogas establecidas o que se establezcan. Pero en realidad las referidas disposiciones del Código Fiscal sólo justifican y sustentan, desde el punto de vista constitucional, los artículos 34 y 36 del decreto. Conforme al primero de ellos: 'Las instalaciones que se instalen en virtud de licencias expedidas por el Ministerio del ramo y de acuerdo con el presente decreto no podrán usarse para servicios de naturaleza diferente del de perifonía. Sin embargo, será permitido verificar cambios entre las estaciones cuyo funcionamiento esté debidamente autorizado, de acuerdo con este decreto, cuando tales cambios tengan por exclusivo objeto efectuar pruebas de eficiencia para mejorar técnicamente las instalaciones. Si llegare a utilizarse una o más estaciones para comunicaciones mutuas de carácter comercial o de interés particular se cancelará la licencia o licencias respectivas inmediatamente se compruebe este hecho.' Claro está que conforme a los artículos 137 y 138 del Código Fiscal, el Gobierno podía, como lo hizo por medio del preinserto artículo 34, prohibir que se utilizarán las estaciones radiodifusoras para comunicaciones mutuas de carácter comercial o de interés particular. Pero precisamente las circunstancias de que tales comunicaciones queden absolutamente prohibidas aun para las estaciones autorizadas por el Gobierno pone de manifiesto, en forma incuestionable, que el resto de las disposiciones del decreto —que

Pág.

Págs. Págs.

reglamentan el servicio de perifonía, único permitido para tales estaciones— no pueden constituír ni una reglamentación de los mencionados artículos del Código Fiscal ni el ejercicio de una atribución por éstos expresa o implícitamente conferida. Precisamente lo que le ha dado extraordinaria gravedad, aun en los países que como el nuestro tienen establecido el monopolio de telégrafos, a los problemas jurídicos suscitados por la radiodifusión es la circunstancia de que ésta no consista simplemente en un medio de mutua comunicación sino que principalmente se utiliza como instrumento de difusión de ideas. 'La radiotelegrafía —dice Roland (Derecho Administrativo, número 485)— se sentó originariamente como una extensión de la telegrafía eléctrica. Era entonces y es o puede serlo todavía un procedimiento de trasmisión de correspondencias. El estado tiene el monopolio de tales trasmisiones por el correo, por el telégrafo, por el teléfono. Puede, pues, sentirse uno inclinado a reservarle todavía aquí al Estado un monopolio, y en todo caso es indispensable que las autoridades administrativas puedan servirse de este medio para comunicarse sin verse perturbadas por otras personas ni perjudicadas con indiscreciones. Pero si la radiotelegrafía es un procedimiento para correspondencias, ella no es eso solamente. Más aún: ella tiende en la práctica, día por día, a ser otra cosa. Es un procedimiento de difusión del pensamiento. Gracias a ella el orador se hace oír por muchas personas de las que están reunidas en la sala en que habla. Noticias e indicaciones de todas clases se trasmiten a un auditorio que posiblemente no leería un periódico ni una revista, pero que escucha el periódico hablado. En estas condiciones las consideraciones que pueden invocarse en favor de un régimen de libertad de reunión y de libertad de prensa tienen cabida en un país de libertad política como el nuestro. Pero surgen entonces especiales dificultades. Los peligros de la libertad de la prensa periódica, así como los de la libertad de reunión, se vuelven a encontrar y se amplifican con tanto mayor razón cuanto el número de radio-oyentes es muy considerable. Por lo demás, mientras que el control sobre un periódico o sobre una reunión se ejercitan fácilmente, aquí resulta mucho más difícil organizar ese control.' La doctrina francesa reconoce, por eso, unánimemente, que respecto de la perifonía —cosa distinta a la comunicación o trasmisión inalámbrica de correspondencias— no pueden hacerse las mismas consideraciones que se hicieron para acomodar la telegrafía inalámbrica dentro del estatuto jurídico de los correos y telégrafos. 'Mientras que la técnica de las ondas eléctricas —dice Hauriou (Derecho Administrativo, 12 edición, página 663)— no permitió sino la telegrafía inalámbrica, se estaba prácticamente en presencia de un procedimiento nuevo de trasmisión de correspondencias que pudo ser regulado por analogía con el estatuto de la telegrafía alámbrica monopolizada por el Estado. Pero actualmente, gracias a la telefonía inalámbrica, un nuevo procedimiento de difusión del pensamiento humano, extremadamente poderoso, ha nacido y es necesario reglamentarlo.' Dentro del mismo orden de ideas, Berthelemy (Derecho Administrativo, 13ª edición, página 814) después de explicar cabalmente que por radiodifusión debe entenderse la emisión de sonidos que van destinados, no a un corresponsal sino al

Págs.

público, y de recalcar sobre la analogía evidente que hay entre la radiodifusión y los otros medios de hablarle al público, la tribuna, la prensa, el teatro, la cátedra y el aviso, afirma que el libre uso de la radiodifusión sólo debe estar limitado con las restricciones de esos otros modos de difusión del pensamiento. No son, pues, los artículos 137 y 138 del Código Fiscal los que pueden servirle de fundamento al decreto que se estudia. Tales textos se refieren a los procedimientos para trasmisión de correspondencias, y cabalmente el decreto les prohibe a las estaciones radiodifusoras esa trasmisión. El reglamenta las actividades de éstas en cuanto concierne a la perifonía, que, como lo observa el autor últimamente citado, se distingue de las comunicaciones postales, telegráficas o inalámbricas en que éstas van dirigidas a un corresponsal, a tiempo que aquélla es una emisión de sonidos destinada al público." (Sentencia de la Corte Plena, XLIV, Nos. 1914 y 1915, octubre 7 de 1936)..... 8, 1º y 2ª, y 9, 1º y 2º

M O R A

- 185 -

"Tanto el artículo 1546 del C. C. en general para los contratos bilaterales, como el 1930 del mismo, especial para la compraventa, requieren la mora para que se produzca la acción resolutoria, al punto de que cuando una de las partes contratantes demanda a la otra para que se declare resuelto el contrato, si tal se declara, esto forzosamente implica que el juzgador parte de la base y procede en el concepto de estar en mora en sus respectivas obligaciones el contratante demandado." (Casación, XLIV, Nos. 1914 y 1915, julio 27 de 1936)..... 88, 2º

MORA DEL DEUDOR

- 186 -

"Se define la mora del deudor como 'el retraso, contrario a derecho, de la prestación por una causa imputable a aquél.' Según el art. 1608 del C. C., para que se produzca la mora automáticamente, debe fijarse término para el cumplimiento de la obligación. Pero para averiguar si hubo determinación de tiempo, a fin de resolver si ha habido o no mora automática, debe atenerse el sentenciador a la realidad de los hechos y no a la expresión empleada por los contratantes." (Casación, XLIV, Nos. 1914 y 1915, junio 19 de 1936) 56, 2º

MULTA POR UNA FIANZA DE CARCEL

- 187 -

Alegaba el fiador ejecutado por una multa, como excepción de ineficacia del título ejecutivo, los hechos consistentes en no haber firmado su fiado la diligencia de fianza y no haberse notificado al fiador, personalmente, el auto que impuso la multa.

"La excepción que resulta del hecho de que el fiado no firmó la diligencia correspondiente de fianza, es ineficaz. Basta trascribir la doctrina de esta Sala, sentada en la sentencia de 14 de agosto de 1928, en la cual se dijo: 'La diligencia de fianza de cárcel no es preciso que esté firmada por el detenido que por ella obtuvo la excarcelación. Cierto es que el artículo 14 de la ley 83 de

1915 exige, para mayor seguridad, que el fiado firme la diligencia de fianza, pero no para que sin ese requisito se concluya que no existe la obligación principal, con tanto mayor razón si de alguna manera consta el asentimiento del fiado.' La Sala no tiene razón alguna para variar esta doctrina.... En cuanto al hecho de que se deduce excepción porque la providencia en que se declaró incurso en la multa a Sánchez no le fue notificada personalmente, es necesario tener en cuenta: El fiador de cárcel debe ser considerado como un tercero en el juicio que se adelanta al fiado, por la razón de no ser él la persona sindicada. Esto es así, aunque las diligencias que se sigan para la declaración de haber incurrido en la multa se consideren como asunto civil o criminal. Y siendo un tercero, la notificación de la providencia en que se le declare incurso en la multa debe hacérsele personalmente, y no por edicto, pues el artículo 312 del Código Judicial dispone que las notificaciones que se hagan a terceros deben verificarse personalmente. Habiéndose notificado la resolución del Juez 3º del circuito en lo criminal, en que se declaró a Sánchez incurso en la multa de quinientos pesos por no haber presentado a su fiado Moreno, no personalmente, sino por edicto, el título ejecutivo es ineficaz, y así debe declararse, pues conforme al artículo 327 del Código Judicial, ninguna resolución produce efecto antes de haberse notificado legalmente a las partes. Por consiguiente, la resolución no está ejecutoriada; y siendo ello así, el auto sobre la multa no tiene eficacia, y no presta mérito ejecutivo en los términos del numeral 3º del artículo 1059 del mismo código." (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLIV, Nº 1917, agosto 21 de 1936)..... Págs. 369, 1ª y 2ª

N

NULIDAD ABSOLUTA DEMANDADA POR LOS HEREDEROS DE QUIEN CELEBRO EL CONTRATO TACHADO DE NULO

- 188 -

En un juicio sobre declaración de nulidad por simulación de un contrato decían los recurrentes demandados que el tribunal sentenciador había violado el artículo 15 de la ley 95 de 1890, al admitirles a los herederos de quien celebró el contrato tachado de nulo la acción de nulidad.

"Estima la Corte que cuando se está ante una nulidad absoluta, tal como rezaba el citado artículo 15 (hoy el 2º de la ley 50 de 1936), la respectiva acción existe por ese hecho; de manera que el impedimento de invocarla o ejercitarla bajo el cual se ponía allí a quien fue contratante a sabiendas del vicio, no significa que para ante él o para ante alguien no sea nulo lo que comienza por afirmarse y darse por sentado que sí lo es, sino que a ese contratante se le sujeta a la pena de no poder alegarlo, pena de orden visiblemente personal, nacida cabalmente de ser contratante en esa forma, y de hallarse por razones de moralidad en la imposibilidad de invocar en su favor su propia falta. Muerto el contratante desaparece con él esa imposibilidad personal, esa sanción que no podía aberrantemente caer sobre sus herederos,

Págs.

y como éstos le suceden en sus bienes relictos, entre los cuales se halla esa acción que ellos sí no están impedidos para ejercitar, ellos válidamente la ejercitan. No podría considerarse esta prohibición como formando parte de las obligaciones trasmisibles del de cujus, entre otros motivos por no ser una obligación. Es una arma que no podía esgrimir él, aunque sí se hallaba en su patrimonio, en el que le suceden sus herederos. Y éstos no se encuentran bajo la imposibilidad porque no fueron la persona contratante." (Casación, XLIV, Nos. 1920 y 1921, diciembre 12 de 1936) (1)..... 659, 2ª y 660, 1ª

NULIDAD ALEGADA EN UN PROCESO CRIMINAL POR SUPUESTA INCOMPETENCIA DE JURISDICCION DE UN TRIBUNAL QUE CONOCIA DEL PROCESO POR CAMBIO DE RADICACION DEL SUMARIO

- 189 -

Véase: Jurisdicción por cambio de radicación de un sumario. Casación del 13 de octubre de 1936, G. J., Nº 1917, XLIV.

NULIDAD CUYA DECLARACION SE PIDE DESPUES DE LA SENTENCIA DE PREGON Y REMATE

- 190 -

"Debe en primer lugar estudiarse si después de dictada la sentencia de pregón y remate se puede pedir la declaratoria de nulidad, a pesar de los términos del artículo 456 del Código Judicial. Ello es una cuestión previa, porque el incidente que está sub judice se inició cuando dicha providencia estaba ejecutoriada. El artículo que se acaba de nombrar es como sigue: 'En cualquier estado del juicio, antes que se dicte la sentencia, las partes pueden pedir que se declaren las nulidades de que trata este capítulo.' Ante todo importa patentizar que la sentencia que manda rematar los bienes embargados no es una decisión que haya soltado una controversia y finalizado un juicio: es más bien un proveído que dispone avanzar las diligencias tendientes a obtener el pago de la deuda, pues el ejecutivo, más que un juicio, es un conjunto de actuaciones que se encamina a la recaudación de deudas acreditadas por fallos definitivos o títulos equiparables a éstos. De suerte que el memorado artículo, de rigurosa y estricta aplicación en juicios ordinarios, no puede ni debe cumplirse con igual exactitud en estos procedimientos coercitivos. Tal interpretación no es acomodaticia ni arbitraria, sino que emerge del contexto del artículo 451 del Código Judicial, por cuanto en esta disposición se consagran causales anulatorias, cuya declaración habría que hacerla naturalmente después de la sentencia de pregón y remate. Cómo podrá alegarse la nulidad consistente en la no citación para sentencia (numeral 1º del artículo 451 del C. J.), sino después de proferida ésta, ya que sólo en esa oportunidad es cuando se puede anotar la omisión? Por otra parte, el artículo 457 del mismo código, inciso 2º, dice que 'la nulidad mencionada en el ordinal 2º del artículo 451, una vez aprobado el remate, sólo puede alegarse en juicio distinto.' Lo que vale tanto como afirmar que hasta dicha

(1) Es doctrina recibida por la Corte: véase el Nº 182, del INDICE Y JURISPRUDENCIA del tomo XXXIX de la GACETA JUDICIAL.

Págs.

aprobación si es dado invocar tales causales. No interpretando así ese inciso, no se ve qué objeto tendría la prevención que él contiene. La nulidad proveniente de la no notificación de los títulos ejecutivos a los herederos, conforme lo prescribe el artículo 1434 del Código Civil, y establecida por el prenombrado art. 451, puede ocurrir después de la sentencia de pregón y remate. Y no se explicaría el motivo para que en esas circunstancias no fuera permitido alegarla, pues una de las consecuencias del artículo 1434 es la paralización del juicio, cuando el hecho allí contemplado se realice, lo cual puede acontecer después de la prolación de aquella providencia. Tanta razón hay para que la paralización produzca sus efectos antes de dicha providencia, como después, lo que consulta más la lógica jurídica, ya que esta sentencia no pone fin al juicio ejecutivo, el cual termina con el pago al acreedor o cuando se ejecutoría la sentencia que manda cesar la ejecución. (Artículo 588 del C. J.). El espíritu del Código Procesal actual es que las nulidades se resuelvan, hasta donde sea posible, dentro del mismo juicio. De conformidad con lo discutido, la Sala estima que no es extemporánea la articulación propuesta, que está al estudio de esta Superioridad." (Auto, Sala de Negocios Generales, XLIV, Nº 1916, diciembre 9 de 1935) .....

NULIDAD DEL JUICIO CRIMINAL POR ERROR EN EL SORTEO DE JURADOS

277, 1ª y 2ª

191

Se había sorteado como jurado al señor Alejandro M. Echavarría, a quien correspondía un número en la lista de designados, y en la diligencia se asentó el nombre de Alejandro M. Echeverri. Se alegó la causal 2ª de casación.

Pág.

"Tanto el juzgado a quo como la Procuraduría de la Nación consideran que la irregularidad ocurrida en el sorteo parcial del folio 75 vuelto, no anula el procedimiento, por cuanto el señor Echeverri M. Alejandro, cuyo nombre se puso erróneamente en tal diligencia, no desempeñó en definitiva el cargo de jurado, pues habiendo alegado enfermedad se le reemplazó en diligencia que obra al folio 78 vuelto, por el señor Rafael Herrán. Es verdad que el Sr. Echeverri no fue jurado en la causa; pero también es innegable, puesto que el mismo juez lo declara en su sentencia, que el designado en la lista correspondiente al número 165, que fue el sorteado, no es el señor Echeverri, sino el señor Echavarría M. Alejandro. Así las cosas, dejó de darse traslado y hacerle servir el cargo al que verdaderamente había sido sorteado, lo cual equivale lógicamente al hecho de haberse incurrido en la diligencia del sorteo en alguna equivocación tal, que no pueda saberse cuáles eran los designados que realmente debían formar el jurado." Este error constituye causal de nulidad según el numeral 4º del art. 265, ley 57 de 1887. Y no vale alegar en contra de tal nulidad la circunstancia de que el interesado hubiese omitido reclamar sobre el asunto en el acto del sorteo, porque dicho numeral no exige ese requisito sino en el otro evento allí contemplado, es decir, la falta de alguna formalidad de las que la ley señala para el sorteo. Prospera, pues, el recurso por esta causal y el procedimiento debe reponerse; y, de consiguiente, no es el caso de entrar en el estudio de la causal 1ª, puesto que invalidada la sentencia por cu-

Págs. Págs.

lidad, desaparece la cuestión referente a errónea aplicación de la ley sustantiva, por el aspecto que propone el recurrente." (Casación, XLIV, Nº 1916, septiembre 14 de 1936) (1) 220, 2ª

NULIDAD DE LAS RESOLUCIONES DE LOS MINISTERIOS

- 192 -

Se había pedido ante la Corte la nulidad de unas resoluciones del Ministerio de Correos y Telégrafos.

"Es necesario definir como cuestión previa en este negocio la competencia de esta Sala para conocer de él. El artículo 18, numeral 1) de la ley 130 de 1913, le da jurisdicción al Consejo de Estado para conocer privativamente en una sola instancia 'de los recursos contencioso-administrativos contra las resoluciones de los Ministerios, que pongan fin a una actuación administrativa, con excepción de los que se originen en contratos celebrados en nombre del Estado, pues las acciones contra estas últimas providencias sólo pueden ejercitarse ante la justicia ordinaria.' El artículo 40 del C. J. dice que 'la Sala Civil de única instancia conoce privativamente y en una sola instancia, de todas las controversias provenientes de contratos celebrados o que celebre la Nación con cualquier entidad o persona, aunque la Nación haya trasferido en todo o en parte, sus derechos.' De manera que conforme a las disposiciones anteriores esta Sala tiene jurisdicción para conocer de la nulidad de las resoluciones de los Ministerios cuando emanan de contratos celebrados o que celebre la Nación. En el presente caso se trata de la nulidad de dos resoluciones dictadas por el Ministerio de Correos y Telégrafos, relacionadas con el cumplimiento de un contrato de conducción de correos, y por tanto, es indudable la jurisdicción de la Sala para conocer." (Sentencia, Sala Civil de Unica Instancia, XLIV, Nº 1916, octubre 27 de 1936)..... 286, 1º

NULIDAD DEL PROCESO CRIMINAL POR HABER DECIDIDO UNO SOLO DE LOS MAGISTRADOS LA APELACION DE UN AUTO DE PROCEDER, Y NO LA SALA DE DECISION DEL TRIBUNAL

- 193 -

Constituye nulidad en el proceso criminal el hecho de fallar un solo magistrado las apelaciones de los autos de proceder, cuando es bien sabido que debe hacerlo la Sala de Decisión, conforme a doctrina de la Corte. (Casación, XLIV, Nº 1917, noviembre 17 de 1936)..... 358, 1ª y 2ª

NULIDAD DEL PROCESO POR NO HABERSE DADO INTERVENCION AL PERSONERO MUNICIPAL, COMO FISCAL DEL CIRCUITO

- 194 -

"Es nulidad sustancial la prevista en el numeral 4º del artículo 246 de la ley 57 de 1887. No habiéndose hecho notificación a las partes de autos tan importantes como el de apertura a prueba ni de ninguno de los demás recaídos en esta causa, es claro que el Ministerio Público no tuvo intervención en el juicio y que todas las disposiciones protectoras de la aplicación recta de la ley, en

(1) Concordancia: véase la doctrina que contiene el Nº 232 del INDICE Y JURISPRUDENCIA del tomo XXXVIII de la GACETA JUDICIAL.

	Págs.
defensa, se omitieron." (Casación, XLIV, Nº 1917, noviembre 3 de 1936)	354, 1º

NULIDAD DEL PROCESO POR NO HABERSE DADO INTERVENCION AL PERSONERO MUNICIPAL, COMO FISCAL DEL CIRCUITO

- 195 -

El artículo 1615 del Código de Procedimiento Criminal estatuye que "en todos los juicios que se siguen o deban seguirse de oficio, SE OIRA SIEMPRE la voz del Ministerio Público, aunque haya acusador particular." En consecuencia, el Personero Municipal, como Fiscal del Circuito, es parte en todos los juicios criminales de competencia de los Jueces de Circuito y por lo tanto su actuación es indispensable en todas las etapas del juicio so pena de acarrear nulidad la omisión de notificaciones que deben hacerse a las partes. (Casación, XLIV, Nº 1916, noviembre 3 de 1936) ..... 234, 1º y 2º

NULIDAD DEL PROCESO CRIMINAL PEDIDA DESPUES DE TRAMITADO EL RECURSO DE CASACION

- 196 -

"...Es preciso observar que terminada ya la tramitación del recurso ante la Corte, el recurrente presentó un memorial en donde pide que el juicio se declare nulo, por cuanto el auto del Tribunal confirmatorio del de proceder, no se profirió en Sala de Decisión, sino por uno solo de los magistrados. Aun cuando es cierto que en el proceso existe tal irregularidad, y que la Corte ha aceptado que esa circunstancia es motivo de casación por la causal 2ª, no es posible atender en este caso la solicitud del procesado, en la forma y tiempo en que la dirige. Allí no se propone la nulidad como causal del recurso, cosa extemporánea después de corridos como estaban todos los traslados; se trata más bien de una especie de articulación de nulidad por irregularidades anteriores a la sentencia definitiva, incidente inadmisible en casación." (Casación, XLIV, Nº 1917, noviembre 26 de 1936) 360, 2º

NULIDAD EN EL PROCESO CRIMINAL

- 197 -

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. (Casación, XLIV, números 1914 y 1915, octubre 22 de 1936) 179, 2ª

OBJECIONES A UNA PARTICION Y RECURSO DE CASACION CONTRA LA SENTENCIA APROBATORIA DE LA MISMA

- 198 -

Véase: Partición. Casación del 18 de septiembre de 1936, G. J. Nº 1917, 335, 1ª y 2ª, y 336, 1ª

OFICINAS DE REGISTRO

- 199 -

"Con la derogatoria del artículo 145, numeral 7º, de la ley 61 de

Págs.

1905, desapareció el gravamen que por virtud de ella, lo mismo que de otras leyes anteriores, se había establecido a cargo de los Departamentos por razón de los gastos de servicio en las oficinas de Registro." (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLIV, Nos. 1918 y 1919, octubre 29 de 1936) (1)..... 553, 2ª

OPOSICION AL SECUESTRO

- 200 -

Véase: Secuestro. Auto de la Sala de Negocios Generales del 3 de noviembre de 1936, XLIV, Nº 1916, 280, 1ª y 2ª.

PACTO COMISORIO

- 201 -

Epifanio Hurtado y Benjamín Martínez E. habían permutado dos fincas raíces, de las cuales la de éste garantizaba un crédito hipotecario por una suma mayor de dinero que la de aquél, también hipotecada a un banco por una suma menor. Se estipuló en la escritura de permuta que "como la finca cedida en permuta por Martínez E. soporta, como ya se explicó, una hipoteca por trece mil doscientos pesos ($ 13,200), éste queda obligado a cancelarla dentro del plazo de la escritura o de la prórroga que pueda conseguir y en caso contrario este negocio se declarará resuelto IPSO FACTO, con la obligación de pagarle Hurtado a Martínez o Martínez a Hurtado, según sea el caso, el valor de los perjuicios por el incumplimiento." Demandó Hurtado a Martínez para que se declarase resuelto el contrato a causa del incumplimiento de éste, para la cancelación de las correspondientes inscripciones y para que le pagase perjuicios. Como fuese absuelto el demandado, en casación que contra el fallo del Tribunal sentenciador interpuso el actor se alegó manifiesto error de hecho y de derecho en la interpretación de la cláusula del contrato de permuta referente al pacto comisorio. Dijo la Corte, en los razonamientos de la sentencia de instancia, por haber de casar la del Tribunal:

"La reserva expresa del derecho de resolución se conoce en la doctrina del derecho civil con dos nombres que corresponden a dos categorías jurídicas distintas: lex comisoria o pacto comisorio, y cláusula de caducidad. La lex commisoria, institución romana, no tenía por objeto en ese derecho amparar al vendedor contra la posible pérdida de la cosa y del precio, porque la propiedad, para ser válidamente trasferida, sea por la mancipación o por la tradición, requería el pago de aquel. Sencillamente, por medio de aquella institución, se obtenía que el vendedor se liberara de permanecer indefinidamente vinculado al contrato y recobrara, debido a la falta oportuna del pago del precio, su libertad de acción. Entre nosotros, el contenido del pacto comisorio se halla circunscrito a los términos del art. 1935 del C. C.. Los fines de esta institución son distintos y aún contrarios a los de su fuente romana, pero en cambio es cierto que sus efectos legales no se producen sino cuando lo pactado por las partes sea ese contenido legal. La reserva expresa que del derecho de resolución hagan las partes, sea en contratos de naturaleza diferen-

(1) Ley 110 de 1912, artículo 450.

te a los de la compraventa y la permuta, o sea en estos mismos, pero con contenido distinto al legal del pacto comisorio, se denomina, pues, cláusula de caducidad, la cual, por consiguiente, carece de los efectos asignados a aquel por los arts. 1937 y 1938 del C. C. Los permutantes apreciaron el valor de 'La Gómez' en diez y seis mil pesos ($ 16,000) y el de la finca de 'El Cedrón' en diez mil pesos ($ 10,000), cantidades que, para los efectos del artículo 1958 ibídem, deben tenerse como los precios de las fincas. Luego la reserva que del derecho de resolución se estipuló a favor de Hurtado para el caso de incumplimiento de Martínez, de la obligación de cancelar la hipoteca, es un pacto comisorio, debido a que el actor, en realidad, no recibió del valor de ésta sino dos mil ochocientos pesos ($ 2,800). El pacto comisorio requiere para su consumación en este caso, como en todos los demás, la mora del deudor en el cumplimiento de su obligación, mora que a su turno presupone en el acreedor que su derecho a exigir la resolución del contrato reúna los requisitos legales de eficacia y vencimiento." La Corte, considerando que el demandado opuso la exceptio non adimpleti contractus por parte del actor, por cuanto éste no cumplió con una de sus obligaciones, como era la de pagar determinada suma de dinero por intereses, dedujo que el demandado no incurrió en mora dejando de cumplir lo pactado, y aunque casó la sentencia recurrida sentenció en instancia declarando absuelto el demandado por carencia de acción del demandante. (Casación, XLIV, Nos. 1916 y 1915, junio 19 de 1936).

Págs. 66, 2ª, 67, 1ª

PAPEL SELLADO

Pág.

- 202 -

Objetaban los coadyuvantes del demandado en un juicio sobre pago de unas sumas de dinero depositadas en un banco, que la cesión de los títulos de depósito se había hecho en papel incompetente.

"La Corte observa lo siguiente, respecto de ese argumento: La cesión de los créditos fue hecha en papel sellado emitido antes de dictarse la ley 20 de 1923. El art. 2º de dicha ley establece lo siguiente: 'Habrá una sola clase de papel sellado de valor de veinte centavos.' El artículo 4º también de dicha ley, dice lo que sigue: 'El papel sellado no tiene período fijo para su circulación y empleo; pero el Gobierno puede cuando para ello existan motivos de conveniencia pública, decretar y poner en uso una nueva edición, en la que se cambien el color de la impresión y el dibujo, con la única condición de que siempre el último incluya el escudo nacional. En este caso el Gobierno fijará un término prudencial para el cambio de las especies legítimas en circulación por la de nueva edición.' De estas dos normas se deducen dos conclusiones: a) Que no teniendo el papel sellado período fijo para su circulación y empleo, cualquier pliego de papel sellado es hábil para que en él se estampen las solicitudes, traspasos y documentos que el legislador ha querido que se escriban en papel sellado. La finalidad, en último término, de los escritos en papel sellado, no es la autenticidad de tales escritos, sino el concepto fiscal, el cual queda salvado cuando el documento, cesión o endoso se hacen en ese papel. b) El Gobierno puede decretar y poner en uso una nueva edición y en ese caso

Págs.

fijará su término prudencial para el cambio de las especies y estos enteros no se han comprobado." (Casación, XLIV, Nos. 1918 y 1919, noviembre 28 de 1936)..... 502, 2ª y 503, 1ª

PARTICION

- 203 -

"Cuandoquiera que un comunero de un fundo vende porción de éste, queda el comprador, a la verdad, bajo la contingencia de que la ulterior división del fundo adjudique o no en todo o en parte en pago de la cuota del respectivo comunero esa porción que éste ha vendido. Si tal adjudicación la comprende, retrotrayéndose la partición como establece el art. 1401 del C. C., el título conferido por tal comunero queda perfeccionado cual si él hubiese sido ya adjudicatario de la porción vendida cuando la vendió; y en el caso contrario, según ese mismo artículo, acorde con el 779 del mismo código, cabe proceder como en el caso de venta de cosa ajena, por serlo así en realidad la de todo aquello en que la porción vendida no se adjudique al pagar la partición de la cuota de tal comunero. Poner fin a esa contingencia mediante una partición que decida esa incertidumbre es algo que, a la verdad, determina el interés jurídico de ese comprador en que la partición se efectúe, así sea —mirando las cosas desde el punto de vista de aquella incertidumbre y del justo deseo de que cese y de la conveniencia de que esto suceda— para establecer de modo definitivo que queda por fuera de la adjudicación parte o aún el todo de la porción comprada. Pero para ello ocurre ante todo indagar cómo y cuándo le asiste acción al respecto y contra quién. Claro es que cuando lo que ha sido objeto de la controversia ha sido una cuota en la comunidad, no cabe duda sobre que ese comprador, investido consiguientemente de la calidad de comunero, puede por sí mismo en tal calidad demandar la partición. Esa adjudicación de cuota lo ha vinculado con la comunidad y, por ende, con los comuneros restantes, en cuyo grupo entra a formar. Pero el caso es muy distinto cuando no ha sido objeto de la compraventa una cuota en la comunidad, sino un cuerpo cierto segregado como tal de una mayor extensión de tierra y señalado en el respectivo instrumento por sus precisos linderos." (Casación, XLIV, Nos. 1918 y 1919, diciembre 3 de 1936) ..... 514, 1ª y 2ª

PARTICION

- 204 -

Habiéndose hecho objeciones a una partición el Juez de Circuito correspondiente las declaró infundadas y aprobó la partición; como apelase uno de los interesados en el juicio de sucesión, el Tribunal revocó la sentencia aprobatoria de la partición y ordenó rehacerla en determinado sentido, lo que hizo el partidor acomodando su trabajo a la sentencia del Tribunal. Como aprobase la nueva partición el Juez, uno de los interesados en el juicio apeló ante el Tribunal y éste confirmó la sentencia. En casación dijo la Corte:

"El Tribunal se basó en lo siguiente: en que la aprobación de la partición era un imperativo consecuencial, desde el momento en que la partición de bienes se ajustó en todo, al ser verificada de nuevo, a las normas ordenadas por el Tribunal. Según esto se plantea el siguiente problema, en virtud de la re-

Pág.

solución normativa del Tribunal, de 26 de enero de 1934, y que está ejecutoriada, resolución que acató el partidor y partición que aprobó el Tribunal, puede hoy revisarse la sentencia aprobatoria de la partición, la cual depende y es la consecuencia de un acto ejecutoriado? Cuando una sentencia aprobatoria de una partición se revisa, por cualquier recurso, ante el poder judicial, la revisión lleva necesariamente al estudio del trabajo de partición, para examinar si está o no ajustada a las normas establecidas por los artículos contenidos en el título 12º del libro 2º del C. C., pues de otra manera no habría medio de decidir si la sentencia se ajusta o no a derecho. No es, pues, sólo el acto judicial, la sentencia, lo que debe estudiarse, sino el acto de la partición. Si éste se acomoda a la ley, consecuencialmente la sentencia que lo aprueba resulta jurídica, y por el contrario, una sentencia aprobatoria de una partición en que se han desconocido los preceptos legales que la reglamentan, no puede subsistir. En materia de partición de bienes, un auto ejecutoriado no puede primar sobre los preceptos sustantivos que reglamentan la partición, porque desconocería con ese sistema y en muchos casos los derechos de las partes, los cuales vienen a ser efectivos en virtud de la adjudicación que hace el partidor teniendo en cuenta los derechos sustantivos de aquéllas. Un auto ejecutoriado no puede tener la virtud de desconocer tales derechos. Esta cuestión se ha planteado varias veces en la Corte y después de prolijo examen esta corporación ha sostenido la anterior tesis, como se ve en las sentencias de 10 de septiembre de 1915 y 5 de julio de 1919. En este último caso se dijo: 'La Corte dijo en la sentencia citada que las

Pág.

decisiones ejecutoriadas de los Tribunales sobre objeciones hechas a la partición no impiden el recurso de casación. Y es así en efecto, pues de otra manera, como lo observó la Corte, en el fallo expresado, el recurso de casación carecería de objetivo, en la mayor parte de los casos. Pero son las decisiones ejecutoriadas de los Tribunales las que no impiden el recurso, porque éste versa propiamente sobre esas decisiones, de las cuales es como un resultado la sentencia definitiva, y porque como se comprende, la parte, al apelar de la resolución del Juez, agotó todos los medios ordinarios que la ley pone a su disposición para la defensa del derecho.' Mas dada la trascendencia de esta doctrina es necesario por vía de aclaración señalarla las siguientes limitaciones: a) son las decisiones ejecutoriadas de los Tribunales las que no impiden el recurso de casación, pero no las decisiones ejecutoriadas del Juez de primera instancia, cuando este fenómeno de ejecutoria se ha verificado por no haber opuesto la parte el recurso de apelación, porque entonces la ejecutoria proviene de que el interesado no hizo valer los remedios legales, por lo cual de un lado debe considerarse que abandonó dos objeciones o las retiró o desistió tácitamente de ellas y de otro, que no es procedente el recurso de casación en cuanto que para que él sea admisible es necesario que en las instancias del juicio se hayan agotado todos los remedios ordinarios de defensa; b) cuando alguna de las partes deja ejecutoriar el fallo que declara infundadas unas objeciones y viene luégo la sentencia aprobatoria de la partición, como consecuencia de ese fallo, tampoco procede el recurso, porque se entiende que la parte no hizo ninguna gestión ni entabló nin-

Págs.

gún recurso contra ese fallo, lo consintió; c) es necesario para la procedencia del recurso de casación, en casos como el presente, que las objeciones hayan sido materia de controversia anterior en el juicio y que no sean medios nuevos, porque como lo ha sostenido siempre la Corte y últimamente en sentencia de 16 de abril de 1936, esta corporación mantiene la doctrina de que el recurso de casación no es ocasión para formular contra la sentencia aprobatoria de una partición objeciones distintas de las que los interesados hicieron efectivamente, durante el traslado que en instancia se les dio de ella. Además, si fueron varios los objetantes y sólo uno recurre en casación, quien recurra no puede hacer suyas las objeciones de otros, respecto de los cuales, debe considerarse que al no recurrir, desistieron de ellas a menos que las objeciones del que recurrió impliquen una necesaria consideración y reforma de las cuestiones planteadas por éstos. De todo lo anterior se deduce que si un auto ejecutoriado del Tribunal que decide sobre unas objeciones y señala al partidor las bases sobre que debe rehacerla, obliga al partidor, no puede obligar a las partes cuando sus derechos son desconocidos o lesionados, porque entonces no serían las reglas normativas de la partición las que garantizarían sus derechos, sino un proveído del Tribunal que podría pasar por sobre ellas. Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones y doctrina, estima la Corte, que es procedente el recurso, sin que sea óbice el argumento consistente en que el recurrente no pidió reposición del auto que fijó las normas al partidor, porque los recurrentes Justo Tarazona y Amalia Acuña, no fueron los que apelaron al Tribunal, ni tenían por qué apelar, toda vez que la sentencia del primer grado les fue favorable." (Casación, XLIV, Nº 1917, septiembre 18 de 1936)..... 335, 1º y 2º, y 336, 1º

Págs.

PATRON DE ORO

- 205 -

Véase: Leyes acusadas. (Lo que sobre este punto contiene la sentencia de la Sala Plena de la Corte, de fecha 25 de febrero de 1937, G. J., Nos. 1920 y 1921, página 618 y siguientes).

PENSIONES. — SON GRACIAS O RECOMPENSAS Y NO DERECHOS CIVILES

- 206 -

"La Corte ha sostenido de manera constante que las pensiones otorgadas conforme a la legislación colombiana, han tenido y tienen el carácter de gracias o recompensas gratuitas que la Nación concede a ciertas personas a quienes se considera que se han hecho acreedoras a ellas, por servicios importantes, sin que se haya creído nunca que esas gracias se obtengan como derechos civiles que la República tenga obligación de reconocer y pagar como parte civil, y que si en algún tiempo se han dictado leyes que autoricen a determinada entidad para su reconocimiento y han señalado ciertos procedimientos para otorgarlas en algunos casos, es claro que esa tramitación ha sido únicamente con el fin de buscar la equidad y de saber quiénes la merecen para poder asignarlas con relativo acierto a los que son acreedores a ellas, pero no porque el acto del otorgamiento constituya un derecho adquirido con

justo título, conforme á las leyes civiles del país. Esta doctrina tiene su apoyo en el contexto de las leyes sobre pensiones y recompensas dictadas desde la ley 50 de 1886." (1) (Sentencia de la Corte Plena, XLIV, Nº 1916, noviembre 27 de 1936). Págs. 208, 2ª y 209, 1ª

PENSIONES CIVILES

- 207 -

El tiempo de servicio de los miembros del Congreso no puede computarse para los efectos de la pensión civil de que trata la ley 2ª de 1905, porque esa ley se refiere solamente a los empleados civiles que hayan desempeñado destinos públicos por treinta años, y la representación nacional que ejercen los Senadores y Representantes no es un empleo, conforme al artículo 1º de la ley 41 de 1892. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLIV, Nos. 1920 y 1921, marzo 8 de 1937)..... Pág. 785, 2ª

PERJUICIOS

- 208 -

Había pedido el demandante que se condenara a la empresa de un ingenio de azúcar al pago de los perjuicios por habérsele destituído de su cargo de factor y que, al propio tiempo, se le pagara la participación o porcentaje sobre la mayor producción de zafra principiada en el ingenio desde una fecha determinada. Alegaba la compañía del ingenio demandada que la participación era eventual y que el hecho de la participación estaba subordinado a la prueba que debió dar el actor del cumplimiento de ciertas condiciones estipuladas en el contrato. Como fuese condenada la compañía, en casación alegó ésta la violación de los artículos 1530 y 1542 del C. C. Dijo la Corte:

Pág.

"Es, pues, evidente que el Tribunal, al dar instruciones en la parte motiva del fallo para que la participación eventual en la zafra se incluyera entre los perjuicios, como elemento integrante de la indemnización decretada luégo en el ordinal 2º de la parte resolutiva, hizo efectiva en contra del demandado una obligación condicional, sin estar demostrado por el demandante el cumplimiento de esas condiciones, por interpretación errónea de algunas pruebas, y especialmente de la carta que figura a folios 13 del cuaderno principal, de la cual sacó condiciones en que se hizo la segunda zafra, y violó, consiguientemente, los artículos 1530 y 1542 del C. C., al tenor de los cuales no puede exigirse el cumplimiento de la obligación condicional sino verificada la condición totalmente. Esta infracción del Tribunal, que lo condujo a reconocer como perjuicios a cargo del Ingenio y a favor de Alfonso, el producto proporcional sobre el rendimiento de la zafra que empezó el 26 de diciembre de 1928, al considerar ese porcentaje como parte integrante de la indemnización por el despido extemporáneo del administrador, cuando ésta proviene de la rescisión, que es la acción reconocida por el artículo 445 del Código de Comercio, y aquel del pago condicional de una eventualidad que forma parte del salario ordenado por el artículo 450 del mismo código, está diciendo que las acciones son distintas y que cada una requiere un es-

(1) Concordancias: cita la Corte las sentencias de 6 de junio de 1918, 18 de diciembre de 1916, 13 de agosto de 1926, 23 de febrero de 1927 y 7 de julio de 1927.

Pág.

pecial pronunciamiento." (Casación, XLIV, Nos. 1914 y 1915, abril 27 de 1936) 39, 2ª

PERJUICIOS EN LO CRIMINAL

- 209 -

"El señor Procurador delegado en lo penal pide que la sentencia se case parcialmente, pero sólo en cuanto hizo una oficiosa condenación al pago de perjuicios. Sobre este particular ha dicho en varias sentencias la Corte lo siguiente: '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 la 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 104 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 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 art. 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 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." (Casación, XLIV, Nº 1916, octubre 21 de 1936) ..... 231, 2ª, y 232, 1ª y 2ª

PERJUICIOS EN MATERIA CRIMINAL

- 210 -

Véase: Condenación oficiosa por perjuicios en materia criminal. (Casación del 19 de noviembre de 1935, Nos. 1918 y 1919, G. J.).

Págs.

PERJUICIOS EN MATERIA CRIMINAL.

- 211 -

En un proceso criminal el sentenciador había condenado al reo al pago de perjuicios y el recurrente en casación acusaba el fallo por indebida aplicación del artículo 27 del Código Penal.

"Sobre la condenación oficiosa por perjuicios, punto propuesto como causal de casación por el señor Procurador, no está de más anotar lo siguiente: la Corte ha expresado en varias ocasiones que, a su juicio, tal determinación es indebida y no debe proferirse, aun cuando por sí sola no alcanza a constituir motivo de casación de una sentencia." (Casación, XLIV, Nº 1916, septiembre 14 de 1936) (1)..... 221, 1ª

PETROLEOS

- 212 -

Es de propiedad privada el petróleo existente en terrenos que salieron del dominio de la Nación antes de 1873. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLIV, Nos. 1920 y 1921, febrero 22 de 1937)... 776, y ss.

POLICIA ADMINISTRATIVA

- 213 -

Habiendo sido acusado como inconstitucional el Decreto Nº 1365 de 1935, por el cual se reglamentaba la concesión de licencias para la instalación y funcionamiento de radiodifusoras, la Corte, para declararlo inexequible, hizo las siguientes consideraciones sobre la teoría general de la policía administrativa:

Págs.

"Los tratadistas de derecho administrativo distinguen la policía administrativa —que es la que tiene por fin mantener el orden público, en sus tres elementos: tranquilidad pública, seguridad pública y salubridad pública— de la policía judicial, que es un auxiliar de la justicia represiva y tiene por objeto buscar, detener y entregar a los tribunales a los autores de las infracciones penales. En Colombia, por razones históricas y que se explicarán más adelante, existe, al lado de la policía administrativa y de la policía judicial la que pudiera llamarse policía penal, encargada de juzgar y castigar ciertos delitos de poca gravedad. De la policía judicial, es decir, de la que auxilia la justicia represiva buscando, deteniendo y entregando a los tribunales a los autores de las infracciones, no hay para qué hablar aquí. Lo que interesa —y a ello procede la Sala para dejar sentadas las bases generales de la doctrina conforme a la cual debe ser decidida la cuestión planteada por la acusación del Decreto 1365— es, por una parte, definir la noción de policía administrativa y determinar cuáles son los medios de que ésta dispone y, por otra parte, señalar la órbita precisa de las actividades de la policía penal. Entre los tratadistas de derecho administrativo, probablemente ninguno ha profundizado más la cuestión primeramente indicada que el profesor Hauriou. No sólo en su Tratado de Derecho Administrativo (18ª edición, 1933, revisada y puesta al corriente por André Hauriou) sino también en sus célebres glosas a la jurisprudencia administrativa, estudió de un modo detenido y penetrante la noción de policía y los medios de que éste dispone para la realización de su fin.

(1) Concordancia: véase la doctrina que contiene el Nº 254, Nº 1873 de la GACETA JUDICIAL.

Pág.

Para él la policía administrativa tiene por fin mantener el orden público, previniendo las perturbaciones posibles por una adecuada reglamentación y reprimiendo las perturbaciones que se produzcan por la coerción, es decir por un despliegue de fuerzas. Pero el orden público que está llamada a mantener la autoridad de policía es el orden material y exterior considerado como un estado de hecho opuesto al desorden y no el 'orden moral en las ideas y en los sentimientos', para cuyo mantenimiento resultaría radicalmente incompetente la Policía, hasta el punto de que si ensayara hacer eso, caería inmediatamente en la inquisición y en la opresión de las conciencias. 'A fin de asegurar la libertad de conciencia y de pensamiento— dice él— el régimen administrativo tiene que establecer una distinción entre las ideas y los hechos: en principio hay libertad de discutir y de propagar toda clase de ideas sin que la policía tenga que intervenir para otra cosa que para evitar que se pase a la ejecución de actos peligrosos o perjudiciales. No es que la sociedad no tenga necesidad de orden moral; no es que la propagación de toda clase de ideas sea una cosa buena. Lo que pasa es que la sociedad en esta materia está invitada a protegerse por otras instituciones distintas de la policía, que no está adaptada a ese género de oficios.' Los elementos constitutivos del orden público así entendido son: la tranquilidad pública, la seguridad pública y la salubridad pública. Por demás está advertir que en materia de policía la expresión orden público tiene un sentido completamente distinto de aquel con que se emplea esa misma expresión en el derecho civil. Se dice en éste que una regla de derecho o una institución son de orden público cuando se refieren a objetos sociales de tal manera importantes que quedan fuera del alcance de las convenciones particulares. Así, pues, cuando el ordinal 8º del artículo 120 de la Constitución señala como atribución del Presidente de la República la de 'conservar en todo el territorio el orden público y restablecerlo donde fuere turbado', lo inviste de una suprema autoridad de una policía administrativa y lo faculta para prevenir, por medio de la reglamentación, las perturbaciones de la tranquilidad pública, de la seguridad pública y de la salubridad pública, así como para reprimir por medio de la coerción las perturbaciones que se produzcan. Asimismo cuando el artículo 15 del A. L. número 1º de 1936 dispone que las autoridades inspeccionarán las profesiones y oficios en lo relativo a la moralidad, la seguridad y la salubridad públicas, les confía a tales autoridades, que son las administrativas, una misión de policía, siendo de advertir que —por lo ya indicado sobre la necesidad de hacer, en materia de moralidad, para los efectos de policía, una distinción entre las ideas y los hechos— la referencia que en ese texto se hace al concepto moral no implica intervención de las autoridades de policía en el mantenimiento de lo que propiamente constituye ese 'orden moral en las ideas y en los sentimientos', de que habla Hauriou, pero sí en todo lo conducente a prevenir o evitar y reprimir aquellos hechos que (como las exhibiciones o representaciones obscenas y los actos contrarios a la moral cristiana ejecutados con ocasión o pretexto del ejercicio de un culto) producen, por su inmoralidad, al ser ejecutados, un desorden que viene a tener ya un carácter exterior y material. Pero —y aquí es en donde el problema jurídico reviste excepcional

Pág.

importancia y gravedad— si bien es cierto que la policía administrativa tiene por fin el mantener el orden público, en sus tres elementos ya indicados, y si bien es verdad, por otro lado, que conforme a los textos constitucionales precitados, el Presidente de la República, de manera especial, y las autoridades administrativas, en general, tienen amplias atribuciones de policía, ello no quiere decir que tengan el derecho de emplear toda clase de medios para la realización de ese fin. 'No hay que confundir —dice el mismo insigne tratadista, cuya doctrina se ha venido exponiendo— el fin de la policía con los derechos de la policía. De la circunstancia de que las autoridades encargadas de la policía tengan el deber de asegurar el orden público, no se deduce que ellas tengan el derecho de emplear toda clase de medios... El fin no justifica los medios, ni siquiera en materia de policía... Hay medios que tienen por sí mismos un carácter ilícito o reprensible y que no pueden ser empleados ni siquiera con un fin que se estima útil. La cuestión de los derechos que se tienen o que no se tienen se sitúa en la región de la escogencia de medios empleables para alcanzar un fin. Un primer punto evidente es que la policía no tiene todos los derechos. Por una parte ninguna medida particular de policía es legal sin un reglamento general preexistente, y, por otra parte, los reglamentos de policía están subordinados a la legalidad, guardián de las libertades ciudadanas. Las autoridades encargadas de la policía se toman voluntariamente el derecho de prescribir ciertos actos, de prohibir ciertas manifestaciones de la vida social, o de someterlas a autorización previa, y sin embargo la cuestión de saber si ellas tienen legalmente esos derechos de imposición, de interdicción y de autorización previa es muy delicada y no puede ser resuelta sino merced a numerosas distinciones de tiempo y de lugar.' En el mismo sentido Bonnard (obra citada, página 321) después de explicar que la policía tiene por fin asegurar preventivamente y por ciertas medidas apropiadas la tranquilidad, la seguridad y la salubridad públicas para prevenir los atentados contra los derechos y las propiedades de los individuos, que podrían resultar de una falta de tranquilidad, de seguridad o de salubridad, aborda la cuestión de los medios de policía en estos términos: 'Pero el poder de la policía puede también ser limitado en cuanto a su objeto, es decir, en cuanto a las restricciones impuestas a los individuos para realizar el fin de policía, en cuanto a los medios de policía. Parece que se debiera admitir, puesto que lo esencial en la policía es el fin y el motivo, todo medio de policía, toda restricción a los derechos de los individuos desde que tal restricción sea efectivamente provocada por un motivo de policía y esté realmente destinada a alcanzar un fin de policía. Pero ello no es así. La existencia de un motivo de policía y la persecución de un fin de policía no bastan para justificar todo medio de policía. En materia de policía el fin no justifica todo medio. La regla generalmente admitida es la de que las autoridades de policía no pueden emplear sino ciertos medios de policía fijados por la ley o por la jurisprudencia al interpretar el espíritu general del sistema jurídico.' Por otra parte la autoridad de policía puede verse limitada en cuanto a los medios por el hecho de que el medio de policía aplicado debe ser adecuado al fin de policía que se trata de alcanzar; lo que quiere decir que la medida impuesta no

Págs.

deba ser muy rigurosa y que, si una medida menos rigurosa basta, ésta es la que debe ser empleada. Así, para el medio de policía, hay una cierta legalidad que viene a limitar esos medios prohibiendo el empleo de algunos de ellos...' Por su parte Roland (obra citada, Nº 454), afirma muy rotundamente que la policía no puede restringir indefinidamente las libertades y que, si falta una disposición legal que expresamente autorice la restricción, el reglamento de policía no debe afectar las libertades y los derechos individuales consagrados y definidos por las leyes. 'Es muy importante—concluye él—insistir sobre esto porque las autoridades investidas de ese poder bastante indeterminado para asegurar la tranquilidad, la seguridad y la salubridad, tienen tendencia a abusar frecuentemente de él.' No todos los medios conducentes a mantener y asegurar el orden público pueden, pues, ser empleados por la policía. Solamente algunos de ellos están a su alcance. Se trata de saber cuáles. Bonnard y algunos otros autores, como ya se vio, consideran que los únicos medios susceptibles de ser empleados por la policía para alcanzar su fin son los empleados por la ley o por la jurisprudencia al interpretar el espíritu general del sistema jurídico. Hauriou no se atreve a formular una regla tan neta. Para él es menester hacer previamente varias distinciones: a) medios de policía administrativa susceptibles de ser empleados en las propiedades privadas; b) medios de policía empleables en las vías públicas, y c) medios de policía permitidos en lugares públicos distintos de las vías públicas. Los primeros son limitadísimos; están reducidos a aquellos especialmente autorizados o consagrados legítimamente por una ley. Los segundos son mucho más amplios porque las vías públicas son dependencias del dominio público y allí la policía no tropieza con los derechos de propiedad privada. De esa suerte, en materia de circulación, por ejemplo, sin necesidad de ley expresa, se le ha reconocido a la policía el derecho de limitar, prohibir o reglamentar en nombre de la tranquilidad pública, no la circulación individual, pero sí la circulación en cortejo. Y, finalmente, por lo que respecta a otros lugares públicos (como teatros, cafés, cabarés, casas de juego, bailes públicos, carreras de caballos y reuniones públicas), si no existen 'textos que permitan prohibir o someter a autorización previa tal o cual regocijo público....., se debe concluir que la policía no tiene el derecho de prohibición.' Dentro del sistema constitucional colombiano no podría resolverse el delicado problema de los medios lícitos de policía administrativa mediante el procedimiento radical —que algunos expositores preconizan para Francia y que otros casi llegan a aceptar (aunque con algunas restricciones por lo que respecta a las vías públicas especialmente— consistente en establecer que ninguno de los derechos de imposición o prohibición existe sino en cuanto encuentre su principio en una ley que autorice la limitación o restricción a la respectiva libertad afectada. Y ello por dos motivos: a) Porque no bastaría que una ley autorizara restricciones a una libertad constitucional, si la ley no es en sí misma constitucional; b) Porque conforme a la Constitución ciertas libertades públicas pueden ser directamente reglamentadas por las autoridades, desde el punto de vista de la policía administrativa, a tiempo que con respecto a otras sólo al legislador le permite la Carta determinar las condi-

Pág.

ciones de su ejercicio. Así, por ejemplo, mientras los artículos 45 de la Constitución y 15 del Acto Legislativo número 1º de 1936 (inciso segundo), le atribuyen directamente a la autoridad administrativa competente, el poder de reglamentar, por motivos de policía y para fines de policía, la libertad de reunión y la libertad de industria, sin necesidad de que por medio de leyes se faculte a tales autoridades para dicho objeto o se les señale su radio de acción, otros textos, como los concernientes a la libertad individual (arts. 23 y 26 de la Constitución), a la libertad de prensa (art. 42), a la libertad de cultos (antes artículo 40 de la Constitución y hoy artículo 13 del Acto Legislativo número 1º de 1936), a la libertad de asociación (artículo 20 del Acto Legislativo Nº 1º de 1936), le asignan exclusivamente al legislador el poder de señalar y determinar los límites que, desde el punto de vista de policía y para los fines de ésta, hayan de tener, en su ejercicio, dichas libertades, de tal suerte que las autoridades administrativas, con respecto a ellas, no podrán cumplir su misión de policía sino dentro de la órbita señalada por esas leyes. En efecto: los artículos 23, 26 y 42 de la Constitución, 13 del Acto Legislativo número 1º de 1936 y 20 del mismo Acto Legislativo, que acaban de citarse, hacen todos expresa referencia a las 'formalidades legales' o a 'un motivo previamente definido en las leyes' o 'orden legal' o a la conformidad de la respectiva medida con 'las leyes preexistentes', a tiempo que los otros textos citados (artículos 45 de la Constitución y 1º del Acto Legislativo de 1921), sin emplear ninguna de esas locuciones ni otras semejantes o análogas, y sin hacer referencia alguna al legislador, establecen que 'la autoridad

Pág.

podrá disolver toda reunión que degenere en asonada o tumulto o que obstruya las vías públicas' y que 'las autoridades inspeccionarán las industrias y profesiones en lo relativo a la moralidad, la salubridad y la seguridad públicas.' Se ve por ello que, conforme a nuestro sistema constitucional, en algunos casos, la reglamentación de las autoridades administrativas de policía tiene que moverse dentro del radio de acción que la ley especialmente haya señalado en desarrollo de los principios constitucionales, sin que en esos casos tales autoridades puedan fijar o señalar condiciones nuevas para el ejercicio de una libertad distinta de aquellas constitucionalmente autorizadas o reglamentadas por el propio legislador, mientras que en otros casos las autoridades administrativas de policía pueden reglamentar y aun limitar las respectivas libertades, en función del orden público, sin necesidad de que leyes preexistentes hayan fijado el radio de acción de las medidas de policía. Pero esto último no significa, conforme a lo expuesto más arriba, que las autoridades administrativas dispongan de todos los medios que ellas estimen conducentes a la realización del fin de policía administrativa. Si es verdad que, por lo dicho, no están, en tales hipótesis, obligadas a moverse dentro del radio de acción que una ley les haya trazado previamente, no es menos cierto que, de todos modos, los medios de que se valgan no podrán implicar una restricción indefinida a esas libertades, ni podrán afectar otras cuya reglamentación sea de la exclusiva incumbencia del legislador, ni podrán violar las leyes que éste haya dictado dentro de sus atribuciones constitucionales, ni podrán ser extraños al carácter puramente preventivo y coercitivo de la policía y

Págs.

con un fin de policía, ni podrán llegar a invadir la zona de acción de los jueces. Especialmente el ejercicio de esos medios estará limitado por el hecho de que ellos deben ser, por una parte de carácter provisional, y por otra parte adecuados al fin de policía que se trata de alcanzar, es decir que la medida impuesta no debe ser demasiado rigurosa, y que si una medida menos rigurosa basta, es ésta la que debe emplearse. La policía administrativa cumple su misión, dentro de las normas que acaban de expresarse con respecto a los medios de que dispone, estableciendo reglas jurídicas en los reglamentos que dicte y asegurando la ejecución de esas normas por medio de la coerción, pero en ninguno por medio de la sanción penal. El reglamento es una manifestación de voluntad administrativa en forma de regla general escrita, emitida por una autoridad que tenga poder reglamentario. Aun cuando las autoridades administrativas derivan su poder reglamentario formalmente de la Constitución y de la organización administrativa, pues 'hay que considerar como falsa la teoría según la cual el poder reglamentario es una derivación del poder legislativo', dicho poder reglamentario, en cuanto se refiere a la policía administrativa, encuentra su propia limitación, por el peligro que entraña para la efectividad de las libertades públicas, en las siguientes reglas: a) En principio, 'es y debe ser del dominio de la ley toda condición nueva impuesta al ejercicio de una libertad así como toda organización del Estado importante para la garantía de una libertad', siendo de advertir que a su turno esa ley debe estar de acuerdo con la letra y el espíritu de la Constitución; b) En las materias en que el constituyente les reservó directamente a las autoridades administrativas el poder reglamentario, no será necesario que una ley preexistente autorice el reglamento de policía y determine el radio de acción de ésta, pero no por ello podrá el reglamento estar en contradicción con los términos de una ley que sea constitucional, ni con el espíritu de la ley, ni con una libertad definida consagrada por una ley, siendo de advertir que se entiende por libertad definida una libertad con respecto a la cual los poderes constituyente y legislativo no se han limitado a sentar el principio sino que han ido hasta definir sus límites; c) Ni en uno ni en otro caso pueden las autoridades de policía pretender asegurar la ejecución o cumplimiento de sus reglamentos por medio de procedimientos distintos de la coerción. La coerción consiste en el empleo directo, por la autoridad administrativa, de la fuerza pública para obtener un cierto resultado de hecho: arrestos, allanamientos de domicilio, disolución de reuniones, cierre o clausura de establecimientos, lanzamientos, etc. La decisión de la autoridad que aplica la coerción no es una condenación penal sino un acto administrativo que tiene por fin obtener por la fuerza una obediencia de hecho inmediata a las órdenes dadas o hacer desaparecer un obstáculo de hecho que impide la ejecución de una operación administrativa. La coerción se distingue de la represión penal en que en el sistema de la represión penal la autoridad administrativa no tiene otro derecho que el de constatar el incumplimiento de sus órdenes para llevar el caso ante un juez que deducirá las consecuencias de su infracción. 'Esta interposición de un juez entre la policía y el delincuente —dice Hauriou— constituye la principal garantía del sistema de la represión penal y explica

Págs.

que ese sistema haya sustituído casi por completo al de la coerción directa que presenta pocas garantías. Pero, por otro lado, la longitud de la represión penal hace que, para los casos urgentes, haya necesidad de reservar la posibilidad del empleo de la coerción directa.' La vía ordinaria para la ejecución de las leyes y reglamentos consiste en la intervención del poder judicial, que pronuncia sobre la cuestión litigiosa un fallo, de tal suerte que la ejecución de la ley o del reglamento se ve así transformada en la ejecución de una sentencia. 'Así, explica Hauriou, lo mismo para los reglamentos que para las leyes, el principio es el de que la sanción debe ser obtenida por procedimientos judiciales'; pero, para los casos urgentes, en la medida de la urgencia y en cuanto ello se justifique por un motivo de policía y tienda a un fin de policía, se podrá emplear la coerción, que no puede por lo demás crear sino una situación provisional que no dura sino hasta el restablecimiento del orden material y exterior, y que no puede tener el carácter de un castigo o de una sanción penal, reservada a los jueces, sino el carácter de una providencia limitada estrictamente a lo necesario para evitar que se produzca o que perduren, si ya se han producido, perturbaciones de cualquier clase en la tranquilidad, en la seguridad o en la salubridad públicas.' En síntesis: la policía administrativa para realizar su fin—la conservación del orden público en sus tres elementos ya indicados—establece, dentro de la legalidad y por medio de la reglamentación, normas jurídicas que por su misma naturaleza y de manera inevitable implican restricciones para las libertades públicas, pero estas restricciones no pueden extenderse hasta donde lo requiera el fin de la policía

Págs.

administrativa sino hasta donde lo permitan las leyes o los textos constitucionales que, para ciertas materias, le atribuyen directamente a las autoridades administrativas ese poder de reglamentación, que jamás puede extenderse hasta definir delitos o contravenciones y señalarles penas. Las infracciones de tales reglamentos acarrean normalmente sanciones civiles o penales impuestas por los jueces ordinarios de acuerdo con las leyes. Excepcionalmente, y cuando ello sea indispensable y urgente, la misma policía administrativa, para asegurar el cumplimiento de los reglamentos, podrá hacer uso de la coerción, que es distinta de la sanción penal y que no la convierte en juez, ni implica la facultad de castigar o sancionar." (Sentencia de la Corte Plena, XLIV, Nos. 1914 y 1915, octubre 7 de 1936)..... 10, 2ª, 11, 1º y 2º, 12, 1º y 2º, 13, 1ª y 2ª, 14, 1º y 2º, y 15, 1ª.

POLICIA PENAL

- 214 -

En el mismo asunto referente a la acusación por inconstitucional del Decreto Nº 1365 de 1935, por el cual se reglamentó la concesión de licencias para la instalación y explotación de estaciones radiodifusoras, dijo la Corte lo siguiente, en relación con la policía penal, para concluir declarando inconstitucional el decreto acusado:

"Los antiguos Estados Soberanos, al mismo tiempo y con el mismo derecho con que dictaron sus respectivos códigos penales, expidieron códigos o leyes de policía en los cuales reservaron uno o varios capítulos o títulos a los delitos y contravenciones de la competencia de la

Págs.

policía y a los procedimientos para el juzgamiento y castigo de esos delitos y contravenciones. En otros términos: lo que debía ser materia exclusiva del Código Penal quedó en cierto modo repartida entre éste y el respectivo Código de Policía, que vino así a contener una especie de dependencia o sucursal del Código Penal, constituída por el conjunto de disposiciones que definen y castigan delitos o contravenciones. Asimismo lo que debía ser materia exclusiva del respectivo Código Judicial quedó también repartida entre éste y el respectivo Código de Policía, en cuanto éste le atribuyó el conocimiento y fallo de determinados asuntos a los jueces de policía y señaló los procedimientos pertinentes. Al reconstituírse la nación colombiana en forma de república unitaria, el legislador de 1887, por medio del artículo 321 de la ley 153, dispuso que los códigos de policía de los Estados continuarían en vigor como ordenanzas departamentales en cuanto no fueran contrarios a la Constitución y leyes de la República. No se hicieron en los códigos departamentales de policía las adaptaciones requeridas por el nuevo orden constitucional, y de ahí el que en una forma anómala hubieran seguido teniendo los departamentos algo así como pequeños códigos penales incrustados dentro de sus ordenanzas de policía. De otro lado, el legislador nacional, después de haber facultado al Gobierno por la ley 23 de 1890 para establecer, organizar y sostener un cuerpo de policía, por la ley 72 de ese mismo año le atribuyó a ésta el conocimiento de los delitos de hurto de menos de diez pesos. Posteriormente, la ley 169 de 1896 les dio a los jefes e inspectores de policía el carácter de funcionarios de instrucción; la ley 40 de 1907 les asignó

Págs.

el conocimiento de los delitos de robo, hurto, estafa, abuso de confianza, daño en bienes ajenos y demás contra la propiedad por cuantía menor de veinte pesos, y la ley 43 de ese mismo año estableció jurisdicciones y procedimientos de policía. Más tarde, el legislador de 1915, por medio de la ley 41, que es quizás la más importante sobre la materia, estableció que los jefes de investigación criminal y los inspectores de permanencia, como jefes de policía judicial, conocerían y fallarían a prevención con los jefes e inspectores municipales de policía local sobre delitos y contravenciones de competencia de la policía, según las ordenanzas de las asambleas departamentales respectivas, y que los procedimientos serían los ordinarios y verbales determinados en tales ordenanzas. Las leyes 92 de 1920 y 58 de 1921 establecieron, en primer término, que la policía conociera de todos los delitos contra la propiedad, cualquiera que fuera su denominación jurídica, siempre que la cuantía no excediera de cincuenta pesos, y, en segundo lugar, que el procedimiento que debe adoptar la policía para el juzgamiento de las infracciones de su incumbencia es el señalado en las respectivas ordenanzas departamentales. Mediante esa serie de leyes, no sólo quedaron como quien dice legalizadas las ordenanzas departamentales de policía en cuanto contenían disposiciones de orden penal y de orden judicial, sino que quedó establecida una jurisdicción especial nacional, impropiamente llamada de policía, para el juzgamiento y custodia de determinados delitos y contravenciones. Posteriormente, la ley 69 de 1928 definió nuevos delitos contra la tranquilidad pública, les señaló las penas respectivas y organizó la jurisdicción de prensa y orden

Págs.

público. Pero es obvio que tanto esta jurisdicción como la otra que, por llamarla de algún modo, se denominó de policía, ejercida por los funcionarios nacionales designados en las leyes respectivas o por los funcionarios departamentales o municipales indicados en las respectivas ordenanzas, quedaron estrictamente limitadas, por una parte, al conocimiento y juzgamiento de los delitos o infracciones expresa y especialmente definidos por las leyes y ordenanzas de policía, y, por otra, a la imposición de las penas y sanciones expresa y especialmente establecidos por el propio legislador o autorizadas por éste y contenidas en las ordenanzas." (Sentencia de la Corte Plena, XLIV, Nos. 1914 y 1915, octubre 7 de 1936)..... 15, 2ª, y 16, 1ª

POSESION

- 215 -

"..... La presunción consagrada por el artículo 762, en su inciso 2º, del Código Civil, tanto favorece al poseedor demandado como al poseedor demandante. Establece en términos generales, no sólo para los efectos del juicio reivindicatorio sino también para todos los de la posesión, que el poseedor es reputado dueño mientras otra persona no justifique serlo. La posesión es un hecho que proporciona ventajas jurídicas. Ordinariamente no se hacen resaltar sino las que aprovechan al poseedor demandado, como la de no sufrir el peso de la prueba y como la de estar en vía de hacerse dueño por prescripción. Pero también existen las que protegen al poseedor demandante; como la misma usucapión; como la de iniciar acciones posesorias; como la de promover, si es regular, la publiciana, etc. El molestado en la posesión de la cosa o el despojado de ella, tiene en la presunción del artículo 762 un medio fácil de que se respete su derecho. No necesita probar dominio sino posesión. Protegiéndose ésta se protege la propiedad presunta." (Casación, XLIV, Nos. 1920 y 1921, marzo 13 de 1937)..... 713, 2ª, y 714, 1ª

Págs.

POSESION DEL DEMANDADO ANTERIOR AL TITULO DEL REIVINDICADOR

- 216 -

Véase: Reivindicación. (Casación, del 30 de abril de 1937, G. J. Nos. 1920 y 1921, páginas 738 y ss.).

POSESION EFECTIVA DE LA HERENCIA

- 217 -

En un juicio promovido por un municipio para obtener la declaración de nulidad de unos contratos y la restitución de los bienes singulares de una sucesión, alegaba el municipio recurrente en casación que el Tribunal sentenciador había incurrido en error al apreciar las pruebas pertinentes, porque el municipio, decía el recurrente, había comprobado no la simple calidad de heredero sino el derecho de dominio sobre los bienes, en virtud de haberse dictado en su favor el decreto de posesión efectiva de la herencia que, en su concepto, constituía título de dominio suficiente para reivindicar.

"Aunque según el artículo 968 del Código Judicial, si no hay más que un solo heredero, a éste le basta, para disponer de los bienes hereditarios, el decreto de posesión efectiva de la herencia, es claro que di-

Págs.

cho decreto no suple la falta de títulos, y claro también que a este juicio no se ha traído la prueba de que la causante fuese dueña de los bienes que pretende reivindicar el distrito. No estando hechas ni la liquidación ni adjudicación de la herencia, el sedicente heredero único estaba en imposibilidad de demandar para sí la restitución de bienes que él mismo señala como pertenecientes a la sucesión. El decreto de posesión efectiva no es otra cosa, dice la comisión redactora del Código Judicial, que un auto destinado a ser inscrito, para que cancele los registros hechos en favor del de cujus, a intento de que no subsistan con el peligro de que cualquiera persona, tomando su nombre, disponga de los bienes herenciales o los grave, y para que confiera a los herederos, conjuntamente, facultades dispositivas respecto de los mismos bienes. A lo dicho por los abogados redactores agrega la Corte que el decreto de posesión no otorga la calidad de heredero, ni suple la falta de títulos, ni excluye de la herencia a quienes se presenten más tarde con la prueba necesaria para que se extienda también a su favor dicho decreto; pero sí sirve, por excepción, de justo título al heredero putativo para que sea considerado como poseedor regular, como se desprende de los artículos 766, inciso último, 1326 del Código Civil." (Casación, XLIV, Nos. 1914 y 1915, septiembre 28 de 1936).....

POSESION INSCRITA, POSESION MATERIAL Y TRADICION DE BIENES RAICES

- 218 -

Véase: Tradición de bienes raíces, posesión inscrita y posesión material. (Casación del 17 de febrero de 1937, G. J. Nos. 1920 y 1921, página 699, 1ª.

Págs.

POTESTAD MARITAL Y COMUNIDAD DE BIENES

- 219 -

En la escritura de compra de una finca raíz dos esposos estipularon la siguiente cláusula: "Los compradores declaran entre sí: Que ninguno de ellos puede disponer de su parte mientras no muera uno de los esposos y en caso de que no haya sucesión, la parte que le corresponde a la señora Sánchez quedará para su familia o para sus hermanos." Antes de la muerte de ésta vendió su marido el inmueble y el sucesor o comprador del primer comprador lo vendió a Mercedes Díaz, la cual promovió juicio de reivindicación contra el doctor Misael Díaz Quiroga, el cual perdió el pleito. En la segunda instancia del juicio se discutió sobre la validez de esa cláusula, sosteniendo el actor que era nula y el demandado su absoluta validez. Ya en casación se alegó un medio nuevo, como fue el de la falta de prueba del matrimonio de los compradores, único motivo alegado que la Corte hubo de rechazar, pero como no quiso limitarse a eso agregó lo siguiente:

158, 1ª y 2ª

".....La Sala estima oportuno agregar a lo dicho que, planteada la cuestión como lo fue en la segunda instancia, tampoco habría podido el fallador rastrear, llegar a la conclusión de que Francisco Monroy sólo pudo vender y transferir válidamente un derecho proindiviso en el inmueble referido o a la conclusión de que fue nula la venta hecha por él a María de la Paz Corredor. Y ello por las siguientes razones: a) Porque, como lo dice con sobrada ra-

zón el profesor Alessandri Rodríguez en su reciente obra sobre la sociedad conyugal, ni siquiera en virtud de capitulaciones matrimoniales válidamente otorgadas, pueden los cónyuges, dentro del sistema del Código Civil, acordar estipulaciones contrarias a la potestad marital o a los derechos del marido como jefe de la sociedad conyugal. 'Igualmente, dice el mismo autor, no se podrá pactar que el jefe de la sociedad conyugal será la mujer y no el marido, que ella y no éste administrará los bienes de los cónyuges y los sociales o que su administración la ejercerán ambos de consuno, o que el marido necesitará del consentimiento de la mujer para enajenar los bienes sociales.' Y más adelante el mismo tratadista, al estudiar la posibilidad de estipulaciones que modifiquen parcialmente el régimen de administración de la sociedad conyugal, agrega: 'La administración separada sólo puede referirse a bienes propios de la mujer..... no podría referirse a los bienes sociales ni a los del marido. La cláusula en que se le confiare la administración de unos y otros sería nula porque iría en detrimento de los derechos del marido como jefe de la sociedad conyugal.' b) Tampoco pueden los cónyuges, dentro del sistema del código, pactar que los bienes que se adquieran a título oneroso durante el matrimonio no pertenecerán a la sociedad conyugal. El código en vez de facultar, como otras legislaciones, a los esposos para convenir el régimen que más les agrade, les impuso obligatoriamente el de la comunidad con la sola limitación del artículo 1776. c) Si en unas capitulaciones matrimoniales válidamente otorgadas no pueden acordarse estipulaciones de aquellas a que se refieren los dos párrafos anteriores, mucho menos

Págs.

puede pensarse en reconocer validez y eficacia a estipulaciones de esa clase contenidas en contratos celebrados con posterioridad al matrimonio." (Casación, XLIV, Nos. 1920 y 1921, diciembre 15 de 1936) .... 587, 2º y 588, 1º

Págs.

PREFERENCIA DEL EMBARGO POR CREDITOS DEL ESTADO

- 220 -

Véase: Embargos por créditos del Estado. (Auto, Sala de Negocios Generales, XLIV, G. J. Nos. 1918 y 1919, 568, 2, y 569, 1ª).

PRESCRIPCION

- 221 -

"La prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos se interrumpe civilmente por la demanda judicial, pero no por cualquier demanda sino por una en que se ejercite el derecho cuya prescripción se trata de interrumpir y que vaya dirigida contra la persona obligada y no contra otra persona." (Casación, XLIV, Nos. 1918 y 1919, diciembre 15 de 1936) 542, 2º

PRESCRIPCION ALEGADA EN CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

- 222 -

Véase sobre este punto lo que contiene la doctrina titulada Caducidad en los contratos administrativos. (Sentencia de la Sala Civil de Unica Instancia del 9 de diciembre de 1936, G. J. Nos. 1920 y 1921).

PRESCRIPCION CONTRA LA NACION

- 223 -

La prescripción establecida por el artículo 2536 del Código Civil sólo puede comenzar a contarse desde la

vigencia de la ley 42 de 1923, cuyo artículo 81 derogó expresamente el 273 del Código Fiscal y retornó al derecho común, en cuanto se refiere a la extinción de los créditos del Estado, en virtud de la prescripción de diez años. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLIV, enero 29 de 1937) ..... 762, 1º y 2º

PRESCRIPCION
CONTRA LA NACION

- 224 -

"La prescripción extintiva de la acción ejecutiva de los créditos en favor de la Nación se rige hoy por las disposiciones del Código Civil, como lo ha resuelto la Corte en varios fallos." (Casación, XLIV, Nos. 1920 y 1921, febrero 16 de 1937). 773, 2ª

PRESCRIPCION
CONTRA LA NACION

- 225 -

Habiendo derogado el artículo 81 de la ley 42 de 1923 el 257 del Código Fiscal, se ha vuelto al régimen de derecho común en cuanto a la prescripción de la acción ejecutiva de los créditos a favor de la Nación. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLIV, Nos. 1920 y 1921, febrero 26 de 1937)..... 781, 2ª

PRESCRIPCION
CONTRA LA NACION

- 226 -

La prescripción extintiva de la acción ejecutiva se extiende a las deudas fiscales, según doctrina de la Corte. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLIV, Nº 1916, agosto 14 de 1936) (1)..... 251, 2ª

PRESCRIPCION
CONTRA LA NACION

- 227 -

"La Corte ha establecido en varios fallos que las acciones ejecutivas que tenga la Nación para hacer efectivos los créditos a su favor, prescriben por el trascurso de un lapso de diez años, al tenor del art. 2536 del Código Civil." (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLIV, Nº 1916, septiembre 19 de 1936).. 374, 1ª

PRESCRIPCION
CONTRA LA NACION

- 228 -

"La Corte ha establecido en varios fallos que las acciones ejecutivas que tenga la Nación para hacer efectivos los créditos a su favor, prescriben por el transcurso de un lapso de diez años, al tenor del art. 2536 del Código Civil." (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLIV, Nº 1917, octubre 19 de 1936)..... 393, 1º y 2º

PRESCRIPCION DE CORTO TIEMPO

- 229 -

En un juicio sobre pago de servicios opuso el demandado la excepción de prescripción, invocando el artículo 2543 del Código Civil. Como la Corte decidió casar la sentencia recurrida por el actor por haber

(1) Concordancia: véase la sentencia de fecha 20 de mayo de 1935, publicada en el Nº 1897, GACETA JUDICIAL.

estimado el Tribunal que se trataba de un mandato y no de un arrendamiento de servicios y haberle exigido al actor la previa rendición de cuentas, en los razonamientos de instancia dijo lo siguiente sobre el punto de la prescripción alegada:

"Esta disposición establece que prescribe en dos años la acción... de los dependientes. Y agrega que así prescribe la de toda clase de personas por el precio de servicios que se prestan periódicamente. No ocurre duda en el presente pleito sobre que Reina fue dependiente de Castilla, por los motivos detenidamente expresados en los precedentes capítulos de esta sentencia. Con esta consideración basta para reconocer que en principio la excepción es oponible. Pero ocurre inquirir si su oposición aquí puede prosperar. Dadas las circunstancias peculiares del caso. Al contestar la demanda el señor Castilla negó el hecho 4º y manifestó que en alguna ocasión, cuya fecha no precisa, trataron él y Reina de arreglar cuentas, y que habiéndole dicho Reina que viera si le quedaba Castilla adeudando algo, copió Castilla los datos que Reina le daba, por demás incompletos, y los saldos que reconocía a su cargo; y agrega textualmente: 'Imputando éstos al valor de los servicios prestados, a razón de $ 10 mensuales primero, que era lo que ganaba cuando salió de la hacienda.... y luégo $ 20, si no me equivoco, dedujimos que todavía, haciendo tales imputaciones, el citado Reina me adeudaba dineros de los que de mí recibió o recolectó en la hacienda. No reconozco, pues, que deba suma alguna al señor Reina, mi he ofrecido pagársela. Pero advierto si que le pagaría gustoso —si algo le debiera— lo que resulte en mi contra cuando él rinda debidamente comprobadas todas las cuentas de su

Pág. 321

administración.' Resaltan aquí dos circunstancias de señalado alcance: 1ª Hubo antes de la demanda inicial de este pleito una tentativa de arreglo, con ocasión de la cual Castilla procedió, en principio, sobre la base de haber obligación a su cargo y a favor de Reina por el valor de los servicios de éste; más aún, a ese estudio de cuentas se entró sobre el pie o con el bien entendido de que Castilla reconocía en principio a Reina el derecho de recibir el valor de esos servicios. 2ª Fracasado ese intento y entablada la demanda, al contestarla Castilla afirma explícitamente ese derecho de Reina, en sí y si se niega a pagarle no es por mediar el trascurso de tiempo que le hubiera enervado su acción, sino porque cree haberle pagado ya, y a mayor abundamiento, en el clarísimo sentido de reconocerle ese derecho, o sea el de recibir en su totalidad el valor de esos servicios, agrega que, no obstante lo acontecido cuando intentaron arreglar cuentas, si al rendirlas Reina comprobadas resulta con saldo a su favor, gustoso las pagará. Tienen estos hechos la singular trascendencia aludida, porque implican el reconocimiento de la obligación en sí. La negativa no se funda en el tiempo trascurrido, repítese, sino en la creencia de haber ya pagado en la cuantía ofrecida por Castilla, al punto —repítese también— de ofrecer pago si esta creencia resulta errónea al rendirse las cuentas. Castilla, pues, ha reconocido el derecho de Reina, no sólo en ocasión anterior al pleito, sino al comenzar éste y responder al libelo de demanda. Así las cosas, creada por las mismas declaraciones explícitas e inequívocas que acaba de trazarse, que implica renuncia de la prescripción y a la vez la interrupción a que se refiere el art. 2539 del C. C., no

Pág. 321

Págs.

le era dado ya más tarde invocar aquella excepción como lo hizo al alegar de bien probado." Se tiene, pues, que, si en dados casos es oponible la prescripción establecida por el art. 2543 de esta obra' en el presente no lo es, por mediar dichas interrupción y renuncia." (Casación, XLIV, Nos. 1914 y 1915, agosto 5 de 1936) ..... 111, 2ª, y 112, 1ª

PRESUPUESTOS PROCESALES PARA PODER OBTENER SENTENCIA DE FONDO

- 230 -

Rubén, Sinforoso, Libardo, Lino y Mercedes Uribe, María Josefa y Ana Clara Díez y Rosa Díez de Isaza demandaron a la sucesión de Francisco Díez, representada por Evangelina Restrepo, su viuda, y por los hijos menores Consuelo, Amparo y Francisco Díez Restrepo, para que se decretase la nulidad de un contrato de compraventa, la de nulidad de partición de los bienes de Javier Díez, etc. En casación que intentaron los actores contra la sentencia que absolvió a la parte demandada se acusaba el fallo, especialmente por la causal 7ª del artículo 520 del Código Judicial, a causa de que el Tribunal había considerado que existía incompatibilidad de acciones. Dijo la Corte:

"Entre los requisitos previos que deben reunirse para poder obtener una sentencia de fondo, figuran los denominados presupuestos procesales, los cuales están integrados por tres elementos, a saber: la capacidad para ser parte; la capacidad procesal o para comparecer en juicio, y la legitimación en la causa. La capacidad para ser parte se refiere a la condición que debe llenar el litigante para poder ser sujeto de un proceso. Esa condición se halla regulada, no en el Código Judicial, sino en ciertas normas del derecho material: civil, mercantil y público. Esta condición la tienen también ciertas personas que no son jurídicas pero sí morales, como la herencia. Los demandantes actúan en sus propios nombres, en calidad de hijos, los unos de Salvador Díez; los otros de María Francisca Díez de Uribe y Rosa Díez en su propio nombre. La acción de impugnación por simulación y la de impugnación (si puede concebirse), por ausencia de la persona en el contrato, pertenecen a los patrimonios conjuntos de las sucesiones de Salvador Díez y María Francisca Díez de Uribe, la primera, y la segunda a la de ésta última. Este presupuesto procesal no existe, a causa de lo dicho, para los hijos de los derecho-habientes sino para las sucesiones de éstos, y tampoco es común a todos los actores respecto de dos de las acciones incoadas. La capacidad para comparecer en juicio, o capacidad procesal, es la necesaria para poder intervenir por sí mismo en un proceso. La diferencia que hay entre las dos capacidades que aquí se estudian, es la misma que por analogía existe en el derecho civil para los incapaces (dementes, impúberes, etc.), quienes, aun cuando jurídicamente son sujetos de derecho y obligaciones, no pueden adquirir aquéllas y contraer éstas por actos suyos propios. Las sucesiones carecen de capacidad personal. Ellas actúan por medio de los herederos, pero ninguno de los actores en este pleito obra como heredero de ninguna de las dos sucesiones dichas y tampoco suplican para ellas... Por último, la legitimación en causa, la cual muchos autores no la clasifican como presupuesto procesal sino como una parte del fundamento de

Pág.

la acción. La legitimación sustenta el derecho que se ejercita, esto es, se refiere a que la persona que instaura la acción sea la misma a quien la ley concede esa facultad, y la persona contra la cual se hace valer sea aquella que conforme a la ley es la responsable....." (Casación, XLIV, Nos. 1914 y 1915, julio 9 de 1936) ..... 75, 1º y 2º

PRINCIPIO DE INMEDIACION EN PRUEBAS

- 231 -

Véase: Pruebas. Casación del 9 de julio de 1936, páginas 78 y siguientes, Nos. 1914 y 1915, Gaceta Judicial.

PRIVACION DE LOS DERECHOS POLITICOS

- 232 -

Alegaba el Procurador delegado en lo penal la primera causal de casación por habérsele impuesto al procesado, no obstante ser menor de veintiún años, la pena accesoria de privación de los derechos políticos. Dijo la Corte:

"Para el presente caso, es pertinente repetir lo que en reciente fallo acaba de sentar como doctrina la Corte: 'a) La pena de 'privación temporal o perpetua de los derechos políticos' de que habla el art. 41 del Código Penal ha sido reemplazada por la de 'suspensión indefinida' de los mismos (ley 10 de 1936); y si es verdad, como el señor Procurador arguye, que repugna privar a alguien de lo que no tiene, también es cierto que puede muy bien suspenderse, en calidad de pena, la adquisición futura de derechos; b) El mismo art. 41 del Código Penal enuncia como penas accesorias las de privación o suspensión de empleo o de pensión, las cuales se aplican habitualmente en las sentencias, aconteciendo que en la mayoría de los casos el penado no disfruta de empleo ni de pensión cuando se profiere la condena; c) Y la pena accesoria de inhabilitación temporal o perpetua para ejercer empleo público que consigna el numeral 2º, art. 41 del Código Penal, es también una sanción que no viene a recaer sino sobre una mera expectativa." (Casación, Sala de Casación en lo Criminal, XLIV, Nos. 1918 y 1919, noviembre 19 de 1936) (1)..... 550, 1º y 2º

PRIVACION O SUSPENSION DE LOS DERECHOS POLITICOS A UN MENOR DE VEINTIUN AÑOS

- 233 -

Condenado por homicidio un menor de edad a la privación de los derechos políticos, alegaba el Procurador la causal primera de casación, pues decía que teniendo el procesado la edad de dieciocho años cuando se efectuó el delito, no podía el sentenciador condenarlo a la pérdida de los derechos políticos sin que gozara de ellos todavía, puesto que la Constitución señala la edad de veintiún años para la adquisición de tales derechos.

"La Corte considera a este respecto: a) La pena de 'privación temporal o perpetua de los derechos políticos' de que habla el art. 41 del Código Penal ha sido reemplazada por la de 'suspensión indefinida' de los mismos (ley 10 de 1936); y si es verdad, como el señor Procura-

(1) Concordancia: véase la sentencia de casación del 29 de enero de 1937, G. J. Nos. 1918 y 1919.

Págs. Págs.

dor arguyó, que repugna privar a alguien de lo que no tiene, también es cierto que puede muy bien suspenderse, en calidad de pena, la adquisición futura de derechos; b) El mismo art. 41 del Código Penal enuncia como penas accesorias las de privación o suspensión de empleo o pensión, las cuales se aplican habitualmente en las sentencias, aconteciendo que en la mayoría de los casos el penado no disfruta de empleo ni de pensión cuando se profiere la condena; c) Y la pena accesoria de inhabilitación temporal o perpetua para ejercer empleo público que consigna el numeral 2º, art. 31 del Código Penal, es también una sanción que no viene a recaer sino sobre una mera expectativa." (Casación, XLIV, número 1916, noviembre 3 de 1936) (1) 235, 2ª, 236, 1ª

PROMEDIO DE SUELDOS DE LOS MAESTROS DE ESCUELA Y MANERA DE VERIFICARLO PARA EFECTOS DE SUS PENSIONES

- 234 -

Decía el apoderado de una maestra solicitante de pensión, lo siguiente: "Si el sueldo de los dos últimos años es uniforme, se toma simplemente la mitad que equivale siempre al promedio aritmético; si no lo es, se tomará el promedio de los diversos sueldos pagados. Aquí esos diversos sueldos devengados y pagados son: uno de $ 63 y veintitrés de $ 90 cada uno. Si multiplicamos 23 por 90 tenemos 2,070; si se le suman $ 63, tenemos 2,133; y esto, dividido por 24, nos da $ 88,87 como promedio en los dos años; de allí se toma la mitad y tendremos la liquidación definitiva de $ 44,43 mensuales." Dijo la Corte:

"Para resolver se considera: Dice el art. 2º de la ley 114 de 1913: 'La cuantía de la pensión será la mitad del sueldo que hubieren devengado en los dos últimos años de servicio. Si en dicho tiempo hubieren devengado sueldos distintos, para la fijación de la pensión, se tomará el promedio de los diversos sueldos.' Diverso es lo que es desemejante. Si se busca el promedio de un sueldo de 63 y de 23 de 90, no se ha tomado en realidad el promedio de varios sueldos semejantes, sino el promedio de un sueldo diverso en relación con 23 sueldos semejantes. En estas circunstancias promediar un sueldo de una clase con 23 sueldos de otra clase igual, no es averiguar el promedio de diversos o desemejantes sueldos entre sí. Por eso la Sala estimó que los diversos sueldos devengados en los dos últimos años eran: uno de $ 63 y otro de $ 90. Con ellos realizó la liquidación. Si hubiera que tomar 23 sueldos semejantes de $ 90 cada uno, para promediarlos con uno de $ 63, la diversidad no existiría entre todos los sueldos, base de la operación, que es lo que la ley ha querido. Muy distinto sería si el legislador hubiera dicho que en caso de diversidad de sueldos, la pensión mensual sería el promedio de lo que el solicitante hubiera devengado en los últimos veinticuatro meses de servicio. En ese evento habría que hacer la operación, como lo dice el doctor Arias. La Sala no encuentra razón para variar la forma como se ha venido haciendo la liquidación no sólo ahora sino en épocas anteriores. En efecto, se trata de una so-

(1) Concordancia: véase la sentencia de casación del 1º de diciembre de 1936, Nº 1917, G. J., pág. 352.

Págs.

licitante que había devengado en los dos últimos años así: de marzo de 1927 a julio de 1928, $ 90; de agosto de 1928 a marzo de 1929, $ 120. Computando, como dice el doctor Arias, resultaría:

17 sueldos de a $ 90, igual $ 1,560
7 sueldos de a $ 120, igual 840

Total.....$ 2,400
2,400 dividido por 24, igual. 100
100 dividido por 2, igual.... 50

Sin embargo de esto, la Sala procedió así: 90 más 120, igual 210; dividido por 2, igual 105; mitad de 105, igual 52.50. Así puede verse en el fallo de junio 13 de 1934." (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLIV, Nos. 1920 y 1921, octubre 1º de 1936)..... 750, 1ª y 2ª

PROMESA DE CONTRATO

- 235 -

"Es sabido que la noción de promesa de contrato, o lo que es lo mismo, de precontrato, creada por la dogmática conceptualista, constituye una paradoja, porque ella invoca un origen romano, pero en el hecho se basa precisamente en dos principios sólo conocidos por el derecho romano. La diferencia, hoy eliminada, que en el sistema romano se hacía entre pacto y contrato, debióse a que en aquel derecho no se conoció contrato atípico ninguno, sino un número cerrado de tipos de contrato. El pacto sólo producía excepciones, pero no engendraba acciones ni obligaciones. (1) Los aludidos dos principios son: el de consensualidad, esto es, el poder concedido por el actual ordenamiento jurídico a las personas para crear derechos por el simple acuerdo de sus voluntades; y el de la autonomía de la voluntad en el sentido de la libertad de las partes para configurar como ellas quieran el contenido del contrato. De ahí que hoy la noción de promesa de contrato aparezca para la mayoría de los autores modernos como un producto exótico en franca crisis. A ello débese igualmente la manera sumaria como la reglamenta nuestro C. C. El precontrato engendra una obligación dirigida a la cooperación para la conclusión del contrato principal. El contenido y clase de las declaraciones de voluntad que han de integrar el contrato futuro se conforman en cada caso a la naturaleza de éste. Por consiguiente, la promesa de contrato debe constituír por sí misma una convención sustantiva y acabada como otra cualquiera." (Casación, XLIV, Nos. 1920 y 1921, abril 9 de 1937) ..... 722, 1ª y 2ª

(1) "Nuda pactio actio non parit, sed parit exceptionem", decían los romanos. (Nota del Relator).

PROMULGACION DE LAS LEYES

- 236 -

"En Chile y en otros países se distingue la promulgación de la publicación. La primera es el acto en que el presidente de la república hace saber la ley; la segunda es el medio material de poner en conocimiento la voluntad del legislador. En Colombia promulgar y publicar expresan una misma idea: insertar la ley en el periódico oficial, y se entiende consumado el fenómeno en la fecha del número en que termina la inserción. Concluída ésta principia su observancia, dos meses después si la ley es nacional y treinta días después si departamental. Sin

Págs.

embargo, puede reglamentarse este punto." (Casación, XLIV, Nos. 1920 y 1921, abril 28 de 1937)..... 733, 2ª

PRUEBA DE HECHOS NEGATIVOS

- 237 -

Habiendo obtenido Rafael Paredes la declaración de heredero de Epaminondas Navarrete y la entrega de los bienes de éste, los hijos legítimos de Navarrete demandaron a Paredes para que con su audiencia se declarase que por ningún concepto era heredero de Navarrete, ni como hijo legítimo, ni como hijo legitimado. Obtenida declaración conforme con la demanda, en casación rectificó la Corte el concepto del Tribunal sobre prueba de hechos negativos, así:

"Dijo el Tribunal que como la demanda se funda en una negación indefinida, el demandado ha debido dar la prueba del hecho positivo, o sea el alumbramiento de la persona que considera su madre, y después comprobar su identidad. Esta tesis del Tribunal fue la de los antiguos glosadores que les atribuyeron un sentido completamente erróneo a las fórmulas romanas 'negantis naturali ratione nulla est probatio' y 'ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat.' La doctrina contemporánea ha revaluado completamente esas concepciones de los glosadores (véanse Colin et Capitant, tomo I, Nº 81 en nota). 'El que alega un hecho negativo en apoyo de una demanda o de una excepción —dicen Baudiol et Ripert, tomo VII, número 1— debe probarlo. Esto no ofrece ninguna dificultad si el hecho negativo es susceptible de poder ser establecido por medio de la justificación de un hecho afirmativo contrario. Lo mismo sucede si la alegación negativa de un litigante no puede ser reducida a un hecho positivo fácil de probar; la imposibilidad aún absoluta en que se encontrara el demandante para justificar los hechos negativos no podría ser un motivo para descargarlo de la prueba o imponer ésta al demandado... Sólo la prueba de las proposiciones que tienen un carácter indefinido es imposible... Pero tales proposiciones no podrían constituir el objeto de los litigios judiciales.' Lo que es cierto es que, como lo asientan los mismos autores, el juez no puede, cuando se trata de un hecho negativo, exigir una prueba tan rigurosa como cuando se trata de un hecho positivo, y que, en general, la prueba que se le exige al demandante no es una prueba total, completa de todos los hechos constitutivos o generadores de su derecho y que la repartición de la carga de la prueba 'depende menos de las calidades de demandante y demandado que de la naturaleza de las alegaciones, porque es el que avanza como demandante o demandado una proposición contraria a la apariencia el que debe establecerla.' Con sobrada razón ha dicho Josserand en ese sentido: 'no hay que creer que en la lucha judicial los papeles de los dos litigantes se encuentren en lo que concierne a la carga de la prueba en una oposición definitiva e irreductible, y que el demandante deba probarlo todo mientras que el demandado pueda recogerse en una actitud puramente pasiva: la regla actori incumbit probatio no puede tener ese alcance, ni práctica ni teóricamente. En la realidad, ocurren entre los adversarios intercambios de argumentos, de réplicas, de refutaciones; los debates no toman la forma de un monólogo recitado por el demandante sino más

Págs.

bien la de un diálogo entre los dos interesados.... En la práctica los dos litigantes tomarán parte en la conversación, hablarán, discutirán, y así al contraste se atenuará entre los papeles que les son tradicionalmente asignados.' Lo que sucedió en el presente caso —y por ello, se repite, la aludida tesis del Tribunal no tuvo incidencia sobre la parte resolutiva del fallo— fue que los demandantes, además de presentar las certificaciones de los párrocos de Pasto sobre no existencia de una partida de nacimiento en que aparezca Rafael Paredes como hijo de doña Dolores, presentaron muchísimas declaraciones sobre el hecho de que aquél nunca fue considerado por nadie como hijo de los esposos Navarrete-Paredes, y, finalmente, desvirtuaron, mediante nuevos interrogatorios, la fuerza probatoria de las declaraciones que habían servido para la declaratoria de heredero." (Casación, XLIV, números 1914 y 1915, julio 31 de 1936)

Págs. 106, 1ª y 2ª

PRUEBA DE HECHOS NEGATIVOS

- 239 -

Había pedido la actora en un juicio se declarase que su predio no estaba gravado con servidumbre de tránsito en favor del predio de los demandados, que éstos debían abstenerse de transitar por el predio de la actora y que debían pagar perjuicios por el hecho del tránsito. Estimando la Corte que la servidumbre legal de tránsito en favor de un predio destituído de comunicación con la vía pública existe de pleno derecho, pasó la sentencia del Tribunal sentenciador que hizo las declaraciones pedidas en la demanda y en la sentencia de instancia expuso lo siguiente sobre prueba de hechos negativos:

Págs.

"No puede argüirse contra lo expuesto que tratándose de una acción negatoria de servidumbre, fundada, como lo dice el nombre mismo de la acción, en hechos negativos, no le incumbe a la actora la carga de la prueba porque todo predio debe presumirse libre y es a quien alega el gravamen a quien le corresponde demostrarlo. La doctrina moderna ha rectificado en forma definitiva y terminante la tesis que —por una errónea interpretación de los conocidos adagios latinos sobre el particular— formularon los antiguos glosadores en el sentido de que al que niega no le toca comprobar la negativa. 'El que alega, aunque sea un hecho negativo en apoyo de una demanda —dicen Planiol et Ripert, tomo VII, Nº 1419— debe probarlo. Esto no ofrece ninguna dificultad si el hecho negativo es de tal naturaleza que pueda ser establecido por medio de la justificación de un hecho afirmativo contrario. Lo propio acontece si la alegación negativa de un litigante no puede ser reducida a un hecho positivo fácil de probar. La imposibilidad, aunque sea absoluta, en que se encuentre el demandante de justificar los hechos negativos, no puede ser motivo para descargarlo de la prueba e imponérsela al demandado... Solamente la prueba de las proposiciones que tienen un carácter indefinido es imposible, porque una proposición indefinida, sea afirmativa o negativa, no es susceptible de prueba completa. Pero tales proposiciones no podrán ser objeto de controversias judiciales." (Casación, XLIV, Nos. 1914 y 1915, septiembre 2 de 1936) (1)..... 141, 1º

(1) La doctrina referente a servidumbre legal de tránsito está relatada en el punto que así titula.

Págs.

PRUEBA DIABOLICA

- 239 -

"Al dueño que quiere demostrar propiedad le toca establecer su derecho, pero exhibido el título inscrito no hay para qué exigir 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 obligarse también a comprobar la validez de todas las piezas que componen una cadena infinita. Así lo dijo la Corte en reciente fallo, y en ello se confirma." (Casación, XLIV, Nos. 1920 y 1921, febrero 17 de 1937) .... 700, 1°

PRUEBA DE LA FILIACION LEGITIMA PATERNA Y PRUEBA DE LA FILIACION LEGITIMA MATERNA

- 240 -

Véase: Filiación. Casación del 31 de julio de 1936.

PRUEBAS

- 241 -

Manuel M. Peraza demandó a Carlos A. Dávila para el pago de unas mejoras hechas en el local que éste le arrendó por documento que, no habiendo sido estampillado, fue rechazado por el sentenciador, el cual absolvió por este aspecto al demandado de los cargos de la demanda. En casación interpuesta por el actor, se acusó el fallo por violación de los artículos 604 y 606 del C. J., por no haber estimado el Tribunal la confesión del demandado sobre el contrato de arrendamiento, y de los artículos 1982 y 1985 del Código Civil.

Págs.

"Las pruebas indirectas, a las cuales pertenecen las que analizó el Tribunal, se subdividen en históricas o representativas y en críticas o presuntivas. La diferencia genérica de estas dos últimas especies radica en que la deducción resultante del tema de las primeras es un posterius y la que se realiza del tema de las segundas es un prius. La prueba histórica, en donde no está presente sino representado el hecho, y que es la más común y peligrosa, porque se presta a reflejar como realidad lo que es una simple fantasía, ocupa el término intermedio entre la prueba directa, la cual se identifica con el hecho mismo aseverado, y la prueba crítica, en donde aquél no se halla presente ni representado. Aun cuando su análisis produce mayor fatiga, dada su tipicidad, éste último es preferible a la histórica, debido a la seguridad de sus resultados, y es menos contingente que aquella, cuyo mal estriba, no obstante ser pronta y fácil, en hacer factible la presentación de la falsedad con caracteres de verosimilitud. Para formar su criterio, el sentenciador debe ante todo tener en cuenta las reglas que informan el principio procedimental de inmediación en su sentido objetivo o material, para determinar cuál es la relación en que se hallan las pruebas aducidas con los hechos a probar y cuáles de los medios probatorios debe utilizar. En este caso, respecto del contrato de arrendamiento, se presenta el fenómeno del concurso probatorio, el cual consiste en que cada prueba basta para acreditar por sí sola el hecho, con independencia de las otras. Cuestión ésta desestimada por el Tribunal, quien confundió aquel fenómeno con el de la acumulación de pruebas. En éste, cada prueba no se enfaza inmediatamente al hecho por

Págs.

probar, sino que para acreditarlo se requiere el concurso de todas ellas, de tal manera que unas operan por intermedio de las otras, como en una especie de cadena. Tanto el documento como la confesión son pruebas históricas. Para la inteligencia de la cuestión a decidir en este recurso, se procede al examen sucesivo de las dos pruebas: documento escrito por Peraza y confesión de Dávila, a fin de determinar si ambos medios de prueba, independientemente uno de otro, sirven para acreditar la celebración por los litigantes del contrato de arrendamiento." Concluye la Corte que el Tribunal incurrió en error manifiesto al no reconocerle a la confesión de Dávila sobre su firma del documento de arrendamiento, el carácter de plena prueba, por lo cual casó la sentencia recurrida. (Casación, XLIV, Nos. 1914 y 1915, julio 9 de 1936) 78, 2ª, 79, 1º

R

RECOBRO

- 242 -

Cuando el dueño de una cosa singular en que otro edificó dentro de las circunstancias previstas en el inciso 2º del artículo 739 del Código Civil, no ha perdido la posesión de esa cosa, su acción no es ya de dominio puesto que el edificador lo reconoce dueño del suelo y por lo mismo del edificio que a éste accedió. Su acción es simplemente de recobro, para que el ocupante, mero tenedor de la cosa o si se quiere simple retenedor de la misma, sea obligado a restituírsela, en lo principal y en lo accesorio, después que se le pague el valor del edificio. La tenencia material y el derecho de retener no han conferido al edificador la posesión del terreno. (Casación, XLIV, números 1920 y 1921, marzo 13 de 1937) ..... 714, 2ª, y 715, 1º

RECONOCIMIENTOS HECHOS POR LOS RECAUDADORES

- 243 -

Se intentó apelación en un juicio ejecutivo seguido con jurisdicción coactiva porque el reconocimiento que sirvió de fundamento a la ejecución no fue firmado por el Recaudador, sino por una empleada de la Recaudación, jefe de la sección de certificados.

"El artículo 1059, numeral 2º del C. J., dispone que, además de los actos y documentos mencionados en el art. 982, en estos juicios prestan también mérito ejecutivo las copias de los reconocimientos hechos por Recaudadores de Hacienda. Ni esta disposición ni ninguna otra autoriza a los empleados subalternos de las Recaudaciones para hacer reconocimientos a cargo de los deudores del fisco, ni hay tampoco texto legal alguno que les dé mérito ejecutivo a los documentos emanados de tales empleados. Por tanto, es necesario que el reconocimiento lleve la firma del Recaudador para que preste mérito ejecutivo, porque en otra forma se quebranta la disposición expresa del artículo 1059 del C. J. ya citado." (Auto, Sala de Negocios Generales, XLIV, Nº 1916, agosto 24 de 1936) 252, 1ª

RECURSO DE APELACION

- 244 -

Un recurso de apelación no comprende sino la materia que es ob-

Págs.

jeto del auto apelado, y el juzgador no puede salirse de esa órbita, porque de otra manera no sólo invadiría jurisdicción, sino que fallaría sobre asuntos que no le han sido sometidos en el recurso y pretermitiría una instancia. (Casación, XLIV, Nos. 1918 y 1919, octubre 27 de 1936) 454, 1ª

RECURSO DE CASACION

- 245 -

"....Ha sido doctrina de esta Corte la de no proceder el recurso de casación contra el fallo del Tribunal que no afecta al recurrente en más de cuanto lo afectara la sentencia dictada por el juez... La Corte persiste en su doctrina expuesta en los años de 17 y 23, porque si es cierto que ya el recurso de casación no tiene por uno de sus fines principales enmendar los agravios inferidos a las partes, como lo establecía el artículo 149 de la ley 40 de 1907, sino unificar la jurisprudencia nacional, como lo prescribe el artículo 519 del Código de Procedimiento, también es cierto que quien no apela del fallo de primera instancia carece de interés jurídico para acusar el de segunda instancia confirmatorio de aquel, porque el fin primordial de unificar el derecho jurisprudencial no puede procurarse en cada caso sino a iniciativa de quien esté interesado en el debate judicial porque la sentencia de la Corte puede afectarle." (Auto, XLIV, Nos. 1918 y 1919, octubre 30 de 1936) (1)..... 462, 2ª, y 463, 1ª

(1) Cita la Corte las doctrinas de casación del 17 de octubre de 1917 y 22 de octubre de 1923, publicadas, respectivamente, en los números 1357 y 1563 de la GACETA JUDICIAL.

Págs.

RECURSO DE CASACION

- 246 -

Se había interpuesto casación en un juicio, por supuesta nulidad en él, e invocaba la parte recurrente el 6º de los motivos de casación señalados en el artículo 520 del Código Judicial, pues se pretendía que habiendo muerto uno de los codemandados sus herederos no habían intervenido en el juicio en ninguna forma:

"...El recurso de casación no es medio ni ocasión para sanear nulidades de procedimiento cuando del proceso se advierte que el fallador de instancia no tuvo oportunidad o pie para observar (es el término que usa el artículo 455 del C. J.), que existía la causal de nulidad de que se trata, u otra alguna, ni de oficio, ni por aviso de los interesados. En el presente litigio el recurrente nada dijo sobre la defunción de uno de sus codemandados mientras esperaba el fallo definitivo, y sólo en casación alega el hecho por primera vez y lo prueba, incurriendo en alegación de medio nuevo y de aducción de prueba con posterioridad a la sentencia recurrida, lo que hace inadmisible el recurso." (Casación, XLIV, Nos. 1914 y 1915, agosto 11 de 1936) (1) 114, 2º

RECURSO DE CASACION

- 247 -

Se había negado un recurso de casación porque la revalidación de la hoja de papel común se había efectuado después de vencido el término para interponer el recurso.

(1) Concordancia: véase el N 536 del tomo 3º de la JURISPRUDENCIA DE LA CORTE.

Págs.

"En este caso, ejecutado por la parte que recurre de hecho el acto de postulación dentro del término que señala el art. 521 del C. Judicial, la revalidación del papel realizada después de la expiración de ese plazo es conducente para la eficacia de la interposición del recurso de casación, porque el término dicho es el último de un juicio que concluyó definitivamente. (El Tribunal no hizo uso de la facultad que le confiere el art. 367, inciso 1º, ni la contraparte usó del derecho de requerir al renuente)..... La jurisprudencia aquí presentada no es sino la ratificación de la que ha venido siendo expuesta por la Corte, como puede verse con mayores detalles en la providencia del 30 de abril de 1936, proferida al admitirse el recurso de casación en el negocio de José María y Manuel Navarrete contra Rafael Paredes, enviado por el Tribunal de Pasto." (Auto, XLIV, Nº 1917, agosto 25 de 1936) 329, 2ª

RECURSO DE CASACION

- 248 -

"La oportunidad para fundar el recurso de casación, para hacer la demanda, empieza desde que se publica la sentencia, que se va a recurrir, hasta cuando expira el término de treinta días que tiene el recurrente, artículos 521, 522 y 530 del C. J. Vencido ese período, ni el recurso es admisible, ni la demanda de casación puede ya corregirse, adicionarse, modificarse ni enmendarse. De otra manera la demanda de casación no sería un factor preciso y seguro, puesto que podría enmendarse o adicionarse, hasta en las audiencias públicas del juicio, habiendo ya vencido el término." (Casación, XLIV, Nos. 1918 y 1919, noviembre 28 de 1936) (1)..... Págs.

RECURSO DE CASACION

- 249 -

La Corte mantiene la doctrina de que el recurso de casación no es ocasión ni medio para formular contra la sentencia aprobatoria de una partición objeciones distintas de las que los interesados hicieron efectivamente durante el traslado que en instancia se les dio de ella; y agrega que si fueron varios los objetantes y sólo uno recurre en casación, quien recurra no puede hacer suyas las objeciones de otros, respecto de los cuales debe considerarse que, al no recurrir, desistieron de ellas, a menos que las objeciones del que recurrió indiquen una necesaria consideración y reforma de las cuestiones planteadas por éstos. (Casación, XLIV, Nos. 1914 y 1915, abril 16 de 1936) 29, 2ª

RECURSO DE CASACION CONTRA LA SENTENCIA APROBATORIA DE UNA PARTICION

- 250 -

Declaradas no probadas las objeciones a una partición material de un globo común y aprobada posteriormente la partición, uno de los comuneros apeló de ese fallo y el Tribunal lo confirmó. El apoderado de algunos interesados interpuso casación, acusando el fallo por no ha-

(1) Concordancia: véase la doctrina de casación que contiene la sentencia de fecha 5 de julio de 1935, XLII, Nº 1899 de la GACETA JUDICIAL, o el Nº 14C de nuestro extracto de jurisprudencia publicado en el Nº 1903 de la GACETA.

Págs.

ber entrado a revisar el Tribunal el trabajo de partición.

"Cuando se revisa la sentencia aprobatoria de una partición, la revisión lleva al estudio del trabajo de partición, para examinar si está o no ajustado a las normas legales, pero para que esto suceda es necesario que se cumplan los siguientes requisitos: a) Son las decisiones de los Tribunales, las que permiten el recurso de casación, pero no las decisiones ejecutoriadas de primera instancia, cuando este fenómeno de la ejecutoria se ha verificado por no haber opuesto la parte el recurso de apelación, contra el auto que decide sobre las objeciones, declarándolas infundadas, porque entonces la ejecutoria proviene de que el interesado no hizo valer los remedios legales, por lo cual es preciso considerar que abandonó las objeciones, o las retiró o desistió tácitamente de ellas; b) Cuando alguna de las partes deja ejecutoriar el fallo que declara infundadas unas objeciones y viene luégo separadamente la sentencia aprobatoria de la partición, como consecuencia de ese fallo, tampoco procede el recurso, porque se entiende que la parte que no hizo ninguna gestión contra el fallo que declaró infundadas las objeciones, desistió de ellas o lo consintió; c) Es necesario para la procedencia del recurso de casación que las objeciones hayan sido materia de controversia anterior en el juicio y que no sean medios nuevos. Además, si fueren varios los objetantes y sólo uno recurre en casación, éste no puede hacer suyas las objeciones de los otros, respecto de los cuales, debe considerarse que al no recurrir desistieron de ellas, a menos que las objeciones de que recurrió impliquen una necesaria consideración y reforma de las cuestiones planteadas por éstos. La anterior ha sido la doctrina sostenida por la Corte al respecto, en las sentencias de 10 de septiembre de 1915, 5 de julio de 1919, 16 de abril de 1936 y 18 de septiembre del año en curso." (Casación, XLIV, Nos. 1918 y 1919, octubre 27 de 1936)..... 484

Págs.

1ª y 2

RECURSO DE CASACION EN LO CRIMINAL

- 251 -

"Dos objetivos persigue el recurso: unificar la jurisprudencia y enmendar los agravios provenientes de una sentencia de última instancia. Estatuyolo así expresamente la ley 105 de 1890 en sus artículos 366 y 368. La ley 40 de 1907 reafirmó estas finalidades en su artículo 149. Leyes posteriores, la 78 de 1923 y la ley 118 de 1931, si bien es cierto que no consignaron expresamente los dos fines aludidos, al modificar, en materia criminal, las causales por las cuales puede interponerse el recurso, esencialmente dejaron intactas esas finalidades, puesto que incumbe a la Corte Suprema de Justicia fijar la interpretación doctrinal, y porque esa entidad, al revisar los casos concretos, objeto del recurso, repara incidentalmente el agravio inferido, porque ya así vela por la recta aplicación de la ley penal o de la procedimental, refiérase al texto mismo en su tenor literal, o ya al espíritu de ese mismo texto en la modalidad adecuada por la jurisprudencia, que forma, confirma y modifica la misma Corte. Puesto que la casación es una acusación contra las sentencias definitivas de los Tribunales Superiores de distrito judicial, este recurso es por su finalidad y por los motivos legales en que se fundamenta, una verdadera demanda. Acúsase en ella la sen-

	Págs.
tancia para obtener, en último análisis, la aplicación recta de la ley violada por indebida aplicación del texto legal o por mala interpretación del mismo, según el caso, que a títulos o a especies de un delito, señala en sus preceptos la ley sustantiva penal." (Casación, XLIV, Nos. 1920 y 1921, abril 9 de 1937)	742, 1ª

RECURSO DE CASACION EN LO CRIMINAL

- 252 -

Si el recurso de casación no se funda debe declararse desierto, en armonía con los artículos 9º y 10º de la ley 90 de 1920. (Casación, XLIV, Nº 1916, septiembre 29 de 1936) (1) ..... 227, 1ª y 2ª

RECURSO DE REVISION EN LO CIVIL

- 253 -

Se había propuesto recurso de revisión de una sentencia proferida en juicio de reivindicación, en la cual el Tribunal sentenciador negó la reivindicación demandada por haberse presentado la escritura de dominio registrada en el libro de registro Nº 2 y no en el Nº 1. Ya en el recurso de revisión se presentó el certificado del Registrador correspondiente, por el cual se observa que la escritura fue debidamente registrada. Dijo la Corte:

"El legislador estableció en el artículo 542 del C. J. el recurso extraordinario de revisión, que por su misma naturaleza no tiene cabida sino en circunstancias especiales respecto del tiempo y respecto de elementos probatorios que incidieron en la sentencia y que después de ésta aparecieron como falsos o de elementos de esa misma naturaleza que han aparecido luégo y que no pudieron ser presentados en oportunidad por obra de la parte a quien favoreció el fallo. Ante la naturaleza del recurso de revisión y en frente de la autoridad y seguridad de la cosa juzgada, el criterio que debe imperar en él, es taxativo y ceñido estrictamente a las normas fijadas por el legislador, con criterio restricto. En cuanto al tiempo, el límite máximo son los dos años siguientes a la publicación de la sentencia, lo cual es claro, porque de otro modo todo fallo de la Corte o de un Tribunal Superior, estaría sujeto indefinidamente a ser materia de una demanda de revisión, con lo cual la seguridad y firmeza de la cosa juzgada desaparecería por completo. En cuanto a la cuestión de fondo, es decir, en cuanto a los factores probatorios que incidieron en el fallo y que después fueron reconocidos como falsos, o que no pudieron incidir por obra de la parte favorecida, es necesario que en cada caso particular se presente la prueba adecuada dentro de la causal de revisión que se aduce. Examinadas las causales de revisión se concluye que ellas han sido establecidas y tienen eficacia en cuanto provengan no sólo de hechos culpables, sino de hechos delictuosos, emanados de una de las partes, ya directamente, como cuando retiene una prueba decisiva y que favorecía a la parte contraria, ya cuando ha aducido documentos y testigos falsos, o también cuando la injusticia del fallo proviene de un hecho delictuoso del juez juzgador. No ha querido el legislador que una sentencia dictada en alguna de estas condiciones vincule en derecho a las partes, pa- | Págs. |

(1) Concordancia: Nº 3330, tomo 8º, JURISPRUDENCIA DE LA CORTE.

Pág.

ro si esto es así y tiende a destruir toda incidencia delictuosa en un proceso o en un fallo, también es cierto que el recurso de revisión no puede considerarse como una tercera instancia donde puedan las partes producir nuevas pruebas, o mejorar o complementar las que produjeron en las instancias del juicio. La nueva prueba no obra en revisión, sino cuando se demuestra que fue retenida por fuerza mayor, o por obra de la parte favorecida y los documentos y testimonios que incidieron en la sentencia no pueden ser desestimados en revisión, sino cuando se demuestra la falsedad de los primeros o la condenación de los testigos falsos, y no sólo esto, sino que es necesario que esos documentos o esos testimonios hayan servido de fundamento del fallo cuya revisión se solicita. En el caso que se estudia quien impetra la revisión ha invocado la causal segunda del art. 542 del C. J. y esto hace necesario algunas consideraciones sobre la prueba. La prueba se refiere a los hechos materiales y a los hechos jurídicos. Por regla general los hechos materiales pueden ser probados por todos los medios posibles, porque no se puede obligar a los interesados a procurarse siempre respecto de estos hechos una prueba regular. Por el contrario, la prueba de los actos jurídicos está en general sometida al régimen de las pruebas llamadas preconstituídas y cuando se trata de un acto solemne, la prueba para ese caso es por lo regular única. Así el contrato que sirve de título traslaticio de dominio de los bienes raíces no puede demostrarse en la legislación colombiana, sino mediante la escritura pública registrada. En el caso que se estudia Isaac Martínez, para comprobar el dominio del lote cuya reivindicación demandó, adujo la escritura 1079 mencionada, registrada en el libro número 2. La carga de la prueba incumbía a Martínez y él estaba por lo tanto en la obligación de demostrar plenamente su aserto, obligación que lo llevaba a desplegar la debida diligencia y cuidado, para que su afirmación quedara legal y debidamente comprobada. Al presentar la escritura 1079, registrada en el libro número 2 y puesto que la ignorancia de las leyes no excusa, debía saber Martínez que su título, de conformidad con el art. 2653 del C. C. no podía hacer fe en juicio ni ante ninguna autoridad, puesto que debía ser registrado en el libro 1 (artículo 2641 del C. C.). Por esta parte el descuido o falta de diligencia de Martínez lo perjudicaba, descuido o falta de diligencia que se ve de bulto si se considera que la escritura que presentó estaba desde el principio bien registrada. Se tiene entonces que la prueba completa existía desde antes de la iniciación del juicio reivindicatorio y que Martínez tuvo medios suficientes para producirla. En el presente caso, pueden considerarse dos extremos: se tiene la escritura 1079 registrada en el libro número 1 como una nueva prueba y entonces no es aceptable, porque según ya se expresó el recurso de revisión no es una tercera instancia, o se considera como mejoramiento o complemento de una prueba y entonces tampoco puede tener eficacia para el recurso de revisión, porque no está comprendido este factor dentro de las causales de revisión. Al hablar el numeral 2 del artículo 542 de documentos que al tiempo de dictar la sentencia no eran conocidos como falsos por una de las partes, debe interpretarse el pensamiento del legislador en el sentido de que ese conocimiento haya sido imposible de obtenerse o sea que la parte

Págs.

erjudicada haya carecido de me-
os adecuados para caer en la
senta de la falsedad de un docu-
ento, extremo que está al acceso
todos, cual era informarse en la
spectiva oficina de registro sobre
exactitud de la nota del Regis-
ador." (Sentencia, Sala de Casa-
ón Civil, XLIV, Nos. 1920 y 1921,
ciembre 10 de 1936) 553,
1ª y 2ª,
y 554, 1ª

RECURSO DE REVISION
EN MATERIA CIVIL

- 254 -

"El remedio de la revisión no equi-
ale a una tercera instancia y está
nderezado a levantar el sello de la
osa juzgada. Admitido para casos
excepcionales, los numerados por la
y son contadísimos. Puede revi-
irse una sentencia proferida por la
orte Suprema o por un tribunal su-
erior, en los cuatro casos taxati-
amente enumerados por el artículo
42 del Código Judicial. Nada más
ue en ellos. Si la Corte cree fun-
ado el recurso, invalida el fallo ob-
to de la interposición y dicta en
u lugar el que juzgue jurídico."
Sentencia, Sala de Casación Civil,
LIV, Nos. 1918 y 1919, febrero 4
e 1937) 532,
1º y 2ª

RECURSO DE REVISION
EN MATERIA CIVIL

- 255 -

"El recurso excepcional de revi-
ón que otorga el Código de Proce-
miento Civil para que se revise una
entencia ejecutoriada proferida por
Corte Suprema o por un tribunal
uperior, ha de tener por fundamen-
hechos que se hallen en uno de

Págs.

los cuatro casos previstos por el ar-
tículo 542 de dicho código." (Sen-
tencia, Sala de Casación, XLIV, nú-
meros 1918 y 1919, diciembre 17
de 1936) 543, 2ª

REGISTRO

- 256 -

Para basar la acción de nulidad de una hipoteca alegaba el actor que habiéndose creado por la Ordenanza Nº 30 de 1929 el circuito de notaría y registro de Ventaquemada, y estando la finca hipotecada en dicho municipio, el registro de la hipoteca debió hacerse en Ventaquemada y no en Turmequé, dado que cuando se otorgó la escritura 480, estaba en vigencia esa ordenanza. Decía el Tribunal sentenciador: Si se acepta que la ordenanza empezó a regir el 12 de junio de 1929, día de su publicación en 'El Boyacense', ella no vino a cumplirse sino el 17 de julio, día en que el Registrador abrió sus libros, pues antes de esta apertura no existía en Ventaquemada oficina de registro y su inexistencia equivalía a no haber comenzado el vigor de la ordenanza. 4º Nada significa en contrario la circunstancia de que el Registrador suplente se posesionara dos días antes de efectuado el registro, porque la sola posesión no significa que se haya entrado a ejercer funciones, y porque ese suplente se limitó a posesionarse pero no abrió libros. La oficina no principió a prestar sus servicios al público antes del 16 de julio de 1929. Dijo la Corte:

"Pero los dos últimos soportes del fallo, o mejor, su último fundamento, formado por los considerandos 3º y 4º, si son eficaces para sustentarlo... No incurrió el Tribunal en error de hecho al apreciar el artí-

Págs.

2º de la Ordenanza 30, sino que, muy al contrario, acertó entendiendo que aquella 'no vino a cumplirse sino el día en que el Registrador nombrado abrió los libros respectivos, o sea el 17 de julio (está errada esta fecha), puesto que antes no existía oficina de registro en Ventaquemada, y la falta de tal oficina allí equivalía de hecho a que no había comenzado el rigor de la ordenanza.' Se desecha." (Casación, XLIV, Nos. 1920 y 1921, abril 28 de 1937) ---------- 733, 2ª, y 735, 2ª

Págs.

REINCIDENCIA Y SIMPLE REPETICION DE DELITOS

- 257 -

El aumento de pena establecido por la ley 81 de 1922 se refiere a la mera REPETICION de delitos que no alcance a constituir REINCIDENCIA. Por consiguiente, no puede el sentenciador imponerle simultáneamente al procesado el aumento por reincidencia (artículos 140 y 142 del Código Penal), y el ordenado por la precitada ley 81 de 1922; y menos aún pueden hacerse a la vez tres aumentos de pena: por repetición de delito, por reincidencia y por la agravante de mala conducta anterior que se haga constar en la misma reincidencia. Se trataba de un delito de falsedad en documentos públicos y estafa, en cuyo recurso de casación dijo la Corte:

"Concretando, pues, el estudio a la causal primera de casación, encontra la Corte que el fallo recurrido es vulnerable por los siguientes aspectos: 1º La calificación de la delincuencia. Prohijó el Tribunal la tesis del juzgado a quo de que constituye circunstancia agravante la mala conducta anterior del procesado, acreditada en sentencia dictada contra él en tiempo anterior y aceptó, en consecuencia, la calificación en primer grado. Y al propio tiempo aumentó la pena por reincidencia, en virtud del mismo fallo que invoca como demostrativo de circunstancia agravante. Esto quiere decir que prácticamente se sancionó dos veces el mismo hecho, contra el principio non bis in idem. Y, como el Juzgado no invocó sino dos agravantes, ésta de mala conducta anterior y 'la mayor malicia y osadía con que cometió el delito' el procesado, sólo quedará subsistente esta última circunstancia, punto que se examinará adelante, al proferir el fallo que debe reemplazar al recurrido en casación. 2º Disposiciones penales improcedentes en el caso contemplado. Ya se dijo que el delito quedó en definitiva calificado como falsedad de documentos públicos, de que trata el capítulo VI, del título y libro respectivos del Código Penal; y el Tribunal sentenciador impuso 'la pena enunciada por el artículo 339, con la deducción prevista por el 341, artículos estos últimos que pertenecen a otro capítulo distinto (el IV del título VII). Es verdaderamente deplorable semejante incongruencia, porque la disposición que el juez y el Tribunal aplicaron implica una pena de cinco a diez años de presidio, y la disposición aplicable, que es la del 358 del C. P., comporta la de cuatro a ocho años. 3º Indebida aplicación de la ley 81 de 1922. El Juzgado a quo reagravó la pena por el cómputo de la reincidencia resultante de una condenación anterior proferida contra el procesado. Pero el Tribunal, además de aceptar ese aumento por reincidencia, decretó otro, consistente en la parte de la pena que las autoridades administrativas

habían rebajado al procesado, y que provenía de la misma sentencia que hizo al juez considerarlo como reincidente. Con esto se violó otra vez el principio non bis in idem. En resumen: No se aplicó el artículo del Código Penal pertinente al caso, sino uno de capítulo distinto al enunciado en el auto de proceder; se calificó la delincuencia en primer grado, tomando para ello, indebidamente, como circunstancia agravante la reincidencia; y además del considerable aumento de pena causado por ésta, se inventó uno nuevo, con pretexto de aplicar la ley 81 de 1922, que no era pertinente, porque ella se dictó, cabalmente, para los casos de repetición del delito que no se hallan dentro de los casos de reincidencia contemplados por el Código Penal." (Casación, XLIV, Nº 1917, agosto 3 de 1936)..... 366, 1º y 2º

Págs.

REIVINDICACION

- 258 -

Se reivindicó una finca raíz con título escriturario anterior al que tenía el demandado, el cual lo había adquirido de fuente distinta a la del actor. El Tribunal sentenciador, teniendo en cuenta que el demandado poseía la finca reivindicada con anterioridad al título del actor y aplicando el principio que dice: "in pari causa melior est conditio possidentis", absolvió al demandado de los cargos de la demanda. En casación alegaba el actor violación de varios artículos del Código Civil. Dijo la Corte:

"La simple posesión material, producto de una situación estable, por lo mismo que engendra en favor del poseedor la presunción de dueño, merece la protección de la ley, de que para los bienes raíces creó las acciones posesorias, y para toda clase de bienes la usucapión mediante la cual el dominio deja de ser una presunción para convertirse en un derecho erga omnes. Como se ve, el poseedor tiene una posición privilegiada, por cuanto sólo mediante una acción judicial fundada en derecho está expuesto a perder esa calidad. En todos los litigios en que se le disputa la cosa poseída actúa como demandado, y es al demandante a quien corresponde suministrar la prueba de su mejor derecho. Y en caso de que en uno y otro lado se presenten elementos de convicción iguales, el poseedor es absuelto, conforme lo expresó la Corte en la sentencia materia del recurso, en aplicación del principio in pari causa, melior est conditio possidentis. Este principio no se quiebra cuando a la posesión material de un inmueble se enfrenta un título escriturario otorgado con posterioridad a los orígenes de esa posesión, y siempre que ésta emane de fuentes distintas de donde el demandante deriva sus derechos. En tal caso, ese título no ha podido trasmitir un derecho de propiedad de que carece el otorgante o vendedor, derecho que desde antes del título radicaba en cabeza del poseedor por virtud de la presunción legal de dueño. Es decir, que la sola creación de un título de propiedad, a que es ajeno el poseedor, carece de virtud suficiente para generar y trasmitir un derecho que no está entre el conjunto de bienes del patrimonio del trasmitente. Por eso, con razón enseña el artículo 752 del Código Civil que por la tradición de una cosa de una persona a otra, no se adquieren más derechos que los trasmisibles del mismo tradente. Y esto es obvio según el principio de razón de que nadie puede dar lo que no tiene. De aquí que el sentencia-

Págs.

Págs.

dor no violara el mencionado art. 752, respecto del cual tan sólo se limitó a atribuirle todos sus efectos en el caso especial del pleito en que el mismo sentenciador empezó por declarar que el título del demandado, la posesión material que aparecía acreditada en el expediente, anterior al título escriturario del demandante, prevalecía, imponiendo su reconocimiento expreso." (Casación, XLIV, Nos. 1920 y 1921, abril 30 de 1937) (1) ..... 738, 1ª y 2ª

REIVINDICACION

- 259 -

Había negado un tribunal la reivindicación demandada porque la demanda no contenía en su parte petitoria el alindamiento de la finca, sino solamente en los hechos expuestos como fundamento. En casación acusó el fallo el actor por error de derecho en la apreciación de la demanda.

"El Tribunal, por cuanto ésta (la alinderación aludida por la Corte, observa el Relator), no obra en la parte petitoria esto es, por cuanto no se agregó para complementar la primera petición, sino para formular el hecho 1º, manifiesta que sólo sobre la parte petitoria puede sentenciarse y que, de lo contrario, fallaría ultra petita, faltando al precepto legal respectivo (C. J., art. 471; art. 835 del anterior), y por eso se abstuvo de entrar en el fondo y sentenció acogiendo las antedichas excepciones. Descoyuntar o desarticular así un libelo de demanda, en forma que cada una de sus partes haya de reputarse existente por sí e independiente de las demás, al punto de que, como sucede en el caso presente, la alinderación se conceptúa ausente de ella porque no figura en la parte petitoria, y rechazarla por esta precisa circunstancia, sobre la base de que no puede sentenciarse en el fondo porque falta el elemento linderos, es algo que, lejos de proveer al cumplimiento de la ley a la administración de justicia, conduce a denegar la una y a violar la otra. Basta para esto último recordar que lo que ella exige, según se ve en los citados artículos del Código Judicial, tanto del anterior como del hoy vigente, es que la demanda contenga los elementos referidos y al Juez no ocurra duda sobre lo que se pide. So pena de sacrificar el derecho a la fórmula, la ley no podía ordenar, como afortunadamente para la justicia no ordenó, que en determinado sitio o párrafo del escrito de demanda figurara tal o cual de los elementos o indicaciones referidos, sino que se limitó a prescribir que este escrito los contenga. Y como todos esos elementos los contiene la demanda inicial del presente pleito, y no cabe duda alguna sobre lo que ella pretende y solicita, se justifica plenamente el cargo de error de derecho en su apreciación formulado en el presente recurso." (Casación, XLIV, Nos. 1914 y 1915, mayo 26 de 1936) (1) 69, 1º

(1) Cita la Corte, como doctrinas concordantes, las sentencias de casación de fechas 30 de junio de 1919, G. J., tomo 27, página 215, 26 de febrero de 1936, G. J., Nos. 1907 y 1908, y 30 de octubre de 1935, G. J., ibídem.

REIVINDICACION

- 260 -

María Francisca Hernández y Luis María Oliveros habían pedido contra la compañía denominada Cine Co-

(1) Alude la Corte a los artículos 836 y 737 del Código Judicial.

Págs.

lombia, la reivindicación de un terreno denominado "La Manguita", que no habiéndose podido identificar en las instancias del juicio, ocasionó el rechazo de la acción por el sentenciador. En casación que interpuso la parte actora dijo la Corte:

"Si para que prospere una acción reivindicatoria es preciso la singularización de la cosa, si esa singularización no es posible cuando no se determina un lindero, como lo ha sostenido siempre la Corte, y si en el caso presente y por lo ya dicho los linderos del lote que se reivindica no coinciden con los de la sociedad demandada, es claro que le falta la identificación y que por lo tanto la acción reivindicatoria no puede prosperar, precisamente por las razones señaladas por el Tribunal." (Casación, XLIV, Nos. 1914 y 1915, julio 4 de 1936) (1)..... 70, 2ª

REIVINDICACION

- 261 -

"Un solo accionista no puede reivindicar en su propio nombre y para sí un lote determinado de la cosa común. Su derecho es otro, conforme al artículo 949 del Código Civil." (Casación, XLIV, Nos. 1920 y 1921, febrero 17 de 1937) 700, 1ª

RENDICION DE CUENTAS

- 262 -

El Departamento del Tolima había demandado a The Dorada Raly-way Company Limited para que le rindiera cuentas de la carga trasportada durante cierto tiempo y para que por medio de ellas se fijara el saldo líquido que le correspondiera al Departamento en la explotación del ferrocarril. La compañía demandada opuso la excepción dilatoria reconocida por el ordinal 3º del artículo 333 del Código Judicial, pues en su concepto, siendo la obligación principal que se demandó la de pagar dinero, a ella se pospuso y subordinó la de rendir cuentas y así las cosas, para que ésta tuviese cabida pensaba que primero debía declararse la existencia de la obligación principal. Dijo la Corte:

"No hay disposición expresa de la ley que prescriba, en casos como el de que se trata, que antes de seguir la acción sobre rendición de cuentas debe adelantarse la de pago de una cantidad de dinero." (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLIV, Nos. 1918 y 1919, noviembre 9 de 1936)..... 570, 2º

RENTA GRAVABLE

- 263 -

"...La renta gravable no sólo se deduce de los bienes que figuran en el catastro, sino de muchos otros renglones, como por ejemplo, del producto de los bienes muebles, del fruto de las actividades del comercio o del ejercicio de profesiones liberales." (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLIV, Nº 1917, octubre 19 de 1936) 387, 2º

RESOLUCION DEL CONTRATO DE VENTA

- 264 -

En un juicio sobre resolución de un contrato de compraventa acusó el demandado recurrente la sentencia del Tribunal por violación de los artículos 1614, 1546, 1930 y 1932 del Código Civil, pues creía que al

(1) Concordancias: 3443, 3447, tomo I; JURISPRUDENCIA DE LA CORTE, 2371, 2375, 3385, 3416, 3421, 3433, etc., tomo 3º.

Pág. Pág.

condenar el Tribunal al pago de perjuicios y al mismo tiempo al de los frutos naturales y civiles se había condenado dos veces a pagar una misma cosa. Dijo la Corte:

"La resolución de un contrato siempre lleva anexa la indemnización de perjuicios, según se ve, en general, en el artículo 1546 del C. C., y para el de compraventa, en el artículo 1930 del mismo, sea que el vendedor opte por el cumplimiento del pacto o por la resolución de él, indemnización que comprende los dos factores que integran el concepto de perjuicios, o sea el lucro cesante y el daño emergente, al tenor de los artículos 1613 y 1614 de esa obra. Pero la restitución de los frutos que hayan producido el bien o bienes materia del contrato resuelto, no entra en el concepto de perjuicios, sino que, causando la resolución de un pacto un efecto retroactivo, es decir, retrotrayéndose las cosas, en virtud del efecto o fenómeno resolutorio a la fecha del contrato, el comprador vencido debe devolver las cosas con todo lo que ellas han producido, lo cual comprende los frutos naturales y civiles. El art. 1932 del C. C. consagra una disposición especial para el caso, y por eso habla de la restitución de frutos como cosa independiente de los perjuicios a que se refieren los artículos 1546 y 1930 del mismo. Y así tienen que ser las cosas, porque de lo contrario, en estando cobijada la noción de frutos por la de perjuicios, en la indemnización de éstos no cabría la del cómputo de los frutos, los cuales se devuelven por el concepto de restitución, y de no ser así las cosas, el fenómeno resolutorio quedaría incompleto y habría hasta un enriquecimiento sin causa a favor del comprador y en contra del vendedor. Es esta la doctrina que ha seguido siempre la Corte, fundándose en sólidas razones, y por eso en varias sentencias, entre otras la de casación del 23 de marzo de 1918, dijo lo que sigue: 'Cuando al declararse la resolución de un contrato de permuta o de venta, por no haberse pagado el precio, se condena al demandado al resarcimiento de perjuicios y a la restitución de frutos, no debe entenderse que se le condena dos veces a pagar la misma cosa: el lucro cesante.' La condenación doble a que se refiere el recurrente podría tener lugar por error o equivocación de los peritos, si éstos, además de avaluar como cosa separada el valor de los frutos que debe restituír el comprador, los incluyeran además en el valor del lucro cesante, pero esto dependería entonces de una falsa apreciación o de un error de los peritos no imputable a la sentencia recurrida, y para evitar cualquier probable error, la Corte ha querido hacer la distinción entre frutos y perjuicios. Siendo así las cosas, el cargo que se estudia no es fundado y vale la pena observar, en pro de lo anterior, que si se consideran los frutos incluídos dentro de los perjuicios, cuando no se comprobara la existencia de éstos no habría lugar a la restitución de los frutos, lo cual es un extremo inadmisible desde todo punto de vista." Respecto del sexto motivo aducido por el recurrente, la Corte observa: Las disposiciones de los artículos 764, 769 y 768 del C. C. no son aplicables cuando se trata de la resolución de un contrato, porque para el efecto de la restitución de los frutos no puede considerarse si el comprador vencido ha sido de buena o de mala fe, sino al efecto retroactivo de la resolución, el cual coloca las cosas en el mismo momento en que se celebró el contrato

Pág.

resuelto, o sea, se reputa que las cosas vendidas no salieron del dominio del vendedor y entonces, como no han salido, le corresponden o pertenecen los frutos de ella y de ahí que el comprador esté obligado a restituírselos. Los efectos pueden ser los mismos que los que se producen respecto del poseedor vencido de mala fe, pero por otra causa, o sea por la naturaleza de la acción resolutoria. Por eso en sentencia de casación de 25 de junio de 1929 la Corte sostuvo que cuando se resuelve la compraventa por no haber sido pagada ninguna parte del precio, el comprador debe restituir todos los frutos percibidos desde que entró a gozar de la cosa y que el legislador, guiado por el carácter conmutativo del contrato de compraventa, estableció en el artículo 1932 del C. C. una especie de compensación entre los rendimientos del precio y los frutos de la cosa vendida, ya que no obliga a restituir éstos sino en la proporción de la parte del precio que no hubiera sido cubierto." (Casación, XLIV, Nos. 1918 y 1919, diciembre 15 de 1936) .....

RESPONSABILIDAD CIVIL SUBJETIVA Y OBJETIVA

- 265 -

(Véase lo que sobre este punto contiene la doctrina titulada Cheques falsos. Casación del 9 de diciembre de 1936, G. J. Nos. 1918 y 1919, páginas 409 y siguientes).

S

SALDO DEFINITIVO DE UNA CUENTA CORRIENTE

- 266 -

Véase: Cuenta corriente. Casación del 23 de julio de 1938, G. J. número 1917.

Pág.

SECUESTRO

- 267 -

Al ir a practicar el secuestro de bienes embargados en un juicio ejecutivo que seguía la Nación con jurisdicción coactiva se opusieron algunas personas alegando ser dueñas y poseedoras actuales del inmueble. Creyó el Juez comisionado que basta la sola afirmación de que el bien que se va a secuestrar pertenece a los opositores, y así lo dejó en su poder. El Juzgado Nacional de ejecuciones fiscales decidió que los opositores no habían demostrado ser legítimos poseedores del inmueble, y como fuese apelado ese auto, dijo la Corte:

"Dicen los dos primeros incisos del artículo 1021 tantas veces citado: .....Por lo trascrito se ve que la disposición da protección al poseedor material, ya que ella habla de bienes que se hallan en persona distinta del ejecutado. No basta que el oposicionista manifieste que tales bienes le pertenecen, pues la pertenencia es concepto distinto al de posesión y equivale a dominio. El sujeto del dominio puede no coincidir con el de la posesión, lo cual constituye el fundamento de la reivindicación, conforme se deduce de la simple lectura del artículo 946 del Código Civil. Quiere la ley que al poseedor no se le despoje, y para que demuestre esa situación de hecho le proporciona medios de allegar pruebas. El artículo 1008 del Código Judicial establece las garantías para el dueño; en él se habla de poseedor inscrito, lo que equivale a decir dueño. Habiendo suprimido el nuevo Código de Procedimiento las tercerías excluyentes expresó su intención de que el dominio no se sometiera a largas discusiones en

528, 1º y 2º

Págs.

los juicios ejecutivos. Al poseedor inscrito lo protegió disponiendo que el Juez ordenara de oficio el desembargo y su cancelación; al poseedor material lo colocó al amparo de los artículos 1021, 1022 y 1023 del citado código." (Auto, Sala de Negocios Generales, XLIV, Nº 1916, noviembre 3 de 1936)..... 280, 1ª y 2ª

Insistió la Sala en su doctrina en el auto por el cual no revocó el anterior, en estos términos: "Cuando regía el artículo 189 de la ley 105 de 1890, antecedente muy importante del actual Procedimiento Civil, bastaba hacer el reclamo verbal, sin que se exigiera al Juez en forma obligante, como lo hace el artículo 1021 del Código Judicial vigente, tomar razón detallada de las circunstancias. Bajo el imperio de la legislación anterior, después de la insistencia y la fianza que debía prestar el ejecutante, el poseedor tenía que hacer valer sus derechos dentro de cierto tiempo. Conforme al artículo 1021, después de la insistencia se abre el incidente a prueba para que el opositor al depósito demuestre que es legítimo poseedor. Y esta condición no queda demostrada con el solo hecho de que el Juez haya dejado en poder de él la cosa que se va a secuestrar. Dadas estas explicaciones, puede ver el impetrante que la Sala no está desvirtuando el sabio y justo procedimiento que en favor de terceros poseedores consagra el art. 1021." (Auto, noviembre 30 de 1936, XLIV, Nº 1916).. 282, 1ª y 2ª

SEGUROS COMO CONTRATOS DE ADHESION

- 268 -

Véase: Contratos de adhesión en los seguros. (Casación del 12 de diciembre de 1936, Tomo XLIV, Nos. 1920 y 1921, 676, 2ª y siguientes).

Págs.

SENTENCIA APROBATORIA DE LA PARTICION Y RECURSO DE CASACION CONTRA LA SENTENCIA DE LA MISMA

- 269 -

Véase: Partición. Casación del 18 de septiembre de 1936, G. J. número 1917, 335, 1ª y 2ª, y 336, 1ª.

SENTENCIA DEFINITIVA

- 270 -

"En toda sentencia definitiva se distinguen tres elementos, a saber: a) La fuerza de la cosa juzgada; b) La excepción de la misma, y c) El efecto obligatorio del fallo. Este último elemento tiene como factor preponderante la voluntad. El efecto propio de la sentencia es permitir la realización de una relación jurídica sancionada, porque el fallo transforma las sanciones de las normas que son impersonales, abstractas y generales, en personales, especiales y concretas." (Casación, XLIV, Nos. 1918 y 1919, octubre 31 de 1936). 460, 2º

SENTENCIAS DE LOS TRIBUNALES DE ARBITRAMENTO

- 271 -

No son revisables por otra autoridad. Véase: Arbitramentos. Sentencia de 10 de octubre de 1936, G. J. Nº 1917, 380, 2ª y 381, 1ª.

SERVIDUMBRE DE ABREVADERO

- 272 -

Angel M. Lonis Alvear demandó a Gustavo Zamorano para que se declarase que el fundo del demandado

Págs.

soportaba servidumbre de abrevadero a favor del inmueble del actor. Como perdiese el pleito recurrió en casación acusando el fallo del Tribunal por violación de varios artículos del Código Civil. Dijo la Corte:

"El Código Civil, luégo de definir la servidumbre, dice que puede ser activa o pasiva, continua o discontinua, positiva o negativa, aparente o inaparente; y un poco adelante, después de perfilar bien esta limitación del dominio, enseña cómo puede ser natural o legal o voluntaria. De esta clasificación de servidumbre importa para el negocio en estudio destacar la discontinua e inaparente, puesto que a lo largo del proceso ha sostenido el actor que la de abrevadero, considerada por él como continua y aparente, es adquirible por prescripción de diez años contados como para la adquisición del dominio, según lo establece, en su artículo 9º, la ley 95 de 1890. Servidumbre continua es la que se ejerce o se puede ejercer continuamente, sin necesidad de un hecho actual del hombre; servidumbre discontinua es la que se ejerce a intervalos más o menos largos de tiempo y supone un hecho actual del hombre. El Código Civil colombiano en su artículo 881, da como ejemplo de servidumbre continua la de acueducto por un canal artificial que pertenece al predio dominante, y como ejemplo de servidumbre discontinua la de tránsito. Más explícito en este punto el código francés, su artículo 688 trae como ejemplo de la primera clase las servidumbres de acueducto, de desagüe y de vista, y como ejemplos de la segunda clase, las servidumbres de paso, de sacar agua y de dehesa. Lo que determina el carácter peculiar de la servidumbre continua no es que se ejerza continuamente, sin interrupción alguna, pues continuidad no es sinónimo de permanencia, sino que su ejercicio no exija actualmente un hecho del hombre. Se practica por sí misma, creando ya el estado de cosas que supone. Hecho el acueducto, la servidumbre opera sin intervención de su dueño. Es posible que no implique obra, como en la de abstenerse de construír. Lo que fija la índole privativa de la servidumbre discontinua es su utilización humana, por cuanto supone actos sucesivos del hombre. Su ejercicio no sobrevive a la actividad actual de éste. Cesa desde que ella deja de producirse. Construído el lavadero, la servidumbre no funciona sino merced a actos de quien adquirió para su fundo el derecho de lavar. No excluye alguna obra, y algunas veces la exige, como la puerta o el camino por donde se pase y transite. El vocablo continua parece excluír la intermitencia; pero no es éste el significado que da el código a la servidumbre continua. Hay servidumbres cuyo uso continuo, como la de no plantar, y otras cuyo uso es intermitente, como la de aguas lluvias, y una y otra son continuas porque su ejercicio puede ser continuo sin necesidad de un hecho actual del hombre. El vocablo discontinua parece excluir la permanencia; pero no es éste el significado que da el código a la servidumbre discontinua. Puede transitarse incesantemente por un camino o sin intermisión sacarse agua de un pozo, y sin embargo, las servidumbres de tránsito y de sacar agua son discontinuas, porque sin el hecho actual del hombre no pueden utilizarse. Su ejercicio está ligado a la actividad humana. Comienza y acaba con ella. Jamás la sigue. Por hecho actual del hombre, indispensable para ejercer la servidumbre, debe entenderse el hecho

Pág.

en que consiste su ejercicio mismo, y no al hecho sin el cual la servidumbre no se hubiera establecido. No toda servidumbre exige para su establecimiento un hecho del hombre. Pero las voluntarias positivas, que imponen al dueño del predio sirviente obligación de dejar hacer, sí suelen suponer un hecho anterior del hombre, como construir el acueducto o abrir la ventana, hecho que no ha de confundirse con el actual, requerido para su ejercicio. Recordado el carácter de la servidumbre continua y el de la discontinua, véase ahora lo que distingue a la aparente, por cuanto el actor finca su acción en que la de abrevadero es, a su juicio, una servidumbre continua y aparente. Servidumbre aparente es la que está continuamente a la vista; servidumbre inaparente es la que no se conoce por señal exterior. Esta definición del Código Civil, contenida en su artículo 882, da el concepto erróneo de que la servidumbre aparente es cosa corporal. Más preciso el 689 del código francés, enseña que las servidumbres aparentes son las que se anuncian (no las que están a la vista), por obras exteriores, y servidumbres inaparentes las que no ofrecen signo exterior de su existencia. Una misma servidumbre, la de tránsito por ejemplo, puede ser aparente o inaparente, según el modo de utilizarse: será lo primero si se hace por una senda o puerta especial; será lo segundo cuando su ejercicio no deja huella. Para que una servidumbre sea adquirible por prescripción, exige el código la continuidad y la apariencia, en desarrollo de estos principios: los actos de simple tolerancia no fundan posesión ni prescripción.

Algunos autores franceses, entre ellos Luis Josserand, no se explican por qué una larga posesión no conduciría a la adquisición de una servidumbre de paso cuando sí basta para obtener una servidumbre de vista. Dice Josserand que el sistema restrictivo del Código Civil obedece a un precedente histórico: colocados sus autores en presencia de dos sistemas contrarios, el de la costumbre de París, que descartaba la prescripción para toda especie de servidumbres, y el de otras costumbres, que la admitían para todas las especies, adoptaron un término medio, poco feliz, pensando satisfacer parcialmente a las dos escuelas con oportunismo jurídico. Sea como fuere, en Colombia y en Francia es indudable, ante los precisos textos legales, que la servidumbre no puede adquirirse por prescripción sino cuando a un mismo tiempo es continua y aparente. ¿Cuál es la índole de la servidumbre de abrevadero? Escriche, Baudry-Lacantinerie, Josserand, Claro Soler, Rodríguez Piñeres y otros tratadistas nacionales y extranjeros, la calificaron de servidumbre discontinua. Es asimismo, en principio, la opinión de esta Corte. Tendrá apariencia cuando se manifieste por alguna señal exterior, como un camino que conduzca al bebedero o una puerta que dé entrada a la heredad en donde está el agua; e inapariencia, cuando no haya señal exterior que la denuncie. Pero de un modo u otro, es la de abrevadero una servidumbre naturalmente discontinua. Consiste en el derecho que tiene el dueño de un predio para llevar su ganado a beber en el pozo, arroyo, manantial o estanque de la heredad ajena. La servidumbre de abrevadero conlleva la de tránsito. El que quiere el fin quiere los medios. O, como dice el código, quien tiene derecho a una servidumbre, lo tiene igualmente a

Págs. Págs.

los medios necesarios para ejercerla. Así, el que tiene derecho para abrevar sus ganados en una fuente situada en la heredad vecina, tiene el derecho de tránsito para ir a ella, aunque no se haya establecido expresamente en el título. Pero de suyo la entrada o paso no constituye servidumbre autónoma, pues no se debe sino como accesoria de la de abrevadero y como medio de utilizar ésta. Extinguida la principal se extingue la que a ella accede. Todo esto indica que la acción de quien pretende haber usucapido la servidumbre de abrevadero se endereza naturalmente, dígalo o no lo diga en su demanda, a obtener que por sentencia se declare a su predio dueño de dos servidumbres: una, la principal, para abrevar los animales, y otra, la accesoria, para transitar desde la heredad dominante hasta donde se halle el bebedero. El actor ha venido sosteniendo que la servidumbre de abrevadero, continua a su juicio, puede usucapirse. En la demanda inicial, fechada el 3 de septiembre de 1930, dice lo siguiente: .....Aunque los nombrados autores citan la servidumbre de abrevadero como ejemplo clásico de servidumbre discontinua, y aunque alguno de ellos, don Joaquín Escriche, en cuyas obras se inspiró el señor Bello, lo mismo que en las de Pothier, Savigny, Goyena y otros, llega hasta afirmar que esa servidumbre es esencialmente discontinua, cree la Corte que este carácter es de la naturaleza pero no de la esencia de tal figura. De ordinario, casi pudiera decirse siempre, la servidumbre de abrevadero es discontinua, porque consiste en dar de beber al ganado conduciéndolo de un fundo a otro fundo. Generalmente conlleva la de tránsito. Se supone que hallándose el bebedero en el predio sirviente y los ganados en el dominante, es lo natural que éstos sean conducidos o llamados en ciertas horas del día, de su dehesa a la fuente y de la fuente a su dehesa. He aquí el hecho actual del hombre, ejecutado por el pastor que arrea, o facilita o permite o vigila el acceso de los ganados. Ejercítase la servidumbre conduciendo los ganados a la fuente y volviendo con ellos al lugar donde pastan, o dejándolos ir y haciéndolos regresar. Si se los deja libres, guiados por su instinto y hábito, como dice el actor, la servidumbre de abrevadero puede convertirse en la de pasto. Los animales no desean alejarse del agua. Para todo hato constituye ésta un señuelo. En su clásico tratado ha hablado Pardessus del propietario que estimula el derecho de 'conducir sus ganados al abrevadero.' (Pecoris ad aquam adpulsi). Excepcionalmente pudiera ser continua la servidumbre del abrevadero, porque no exigiese la accesoria de tránsito ni requiriese el hecho actual del hombre. Ejemplo: los ganados de un predio, sin necesidad de caminar por el otro predio, beben espontáneamente de un agua que, perteneciendo al servil, corre o se halla en éste y a linde con el dominante. El caso de autos está dentro de la norma general, no en la excepción.... Si se alegara que cabalmente debido a esa circunstancia anormal, la falta de cerramiento, puede decirse que durante largos años fue continua la servidumbre de abrevadero, esto es que se halló en la excepción y no en la regla, bastaría observar que la mera tolerancia de Zamorano y sus condueños, dejar que bebieran los animales de Lenis Alvear, y la omisión de un acto suyo de mera facultad, hacer el cerramiento, no confirieron al último posesión

Págs. Págs.

ni le dieron base para usucapir. Dice el artículo 2232 del código francés: 'Los actos de pura facultad y los de simple tolerancia no pueden fundar ni posesión ni prescripción.' Este precepto, difícil de comprender en los términos en que está concebido, fue ampliado así por el 2520 del código colombiano: 'La omisión de actos de mera facultad, y la mera tolerancia de actos de que no resulta gravamen, no confieren posesión, ni dan fundamento a prescripción alguna. Así, el que durante muchos años dejó de edificar en terreno suyo, no por eso confiere a su vecino el derecho de impedirle que edifique. Del mismo modo, el que tolera que el ganado de su vecino transite por sus tierras eriales, o paste en ellas, no por eso se impone la servidumbre de este tránsito o pasto.' 'Se llaman actos de mera facultad los que cada cual puede ejecutar en lo suyo, sin necesidad de consentimiento de otro.' Para el negocio en estudio pudieran reemplazarse los dos ejemplos del artículo 2520, por estos otros: Así, el que durante muchos años dejó de cercar un terreno suyo, no por eso confiere a su vecino el derecho de impedirle que cerque. Del mismo modo, el que tolera que el ganado de su vecino transite por sus tierras eriales, o beba en ellas, no por eso se impone la servidumbre de este tránsito o abrevadero." (Casación, XLIV, Nos. 1918 y 1919, noviembre 30 de 1936). 520, 2ª, 521, 1ª y 2ª, 522, 1ª y 2ª, y 523, 1ª y 2ª.

SERVIDUMBRE LEGAL DE TRANSITO

- 273 -

Rosaura García demandó a Encarnación Aparicio v. de Barberená y a otros para que se declarase que el predio de propiedad de la actora, denominado "Ciénaga", no estaba gravado con servidumbre de tránsito a favor del predio llamado "Elisondo" o "El Retiro", perteneciente a los demandados, y para que se declarase también que los propietarios del último predio debían abstenerse de transitar por el de "Ciénaga" y estaban obligados a pagar a la demandante el valor de los perjuicios causados con la servidumbre de tránsito y las costas del juicio. El Juez de circuito absolvió a los demandados apoyándose en el artículo 177 del C. de Minas, por estarse explotando una mina de carbón en el predio de los demandados. Como se hiciesen las declaraciones pedidas en la demanda por el Tribunal sentenciador, por haber revocado el Tribunal la sentencia del Juez, los demandados interpusieron recurso de casación por violación de varios artículos, entre ellos el 9º de la ley 95 de 1890 y el 905 del Código Civil. Dijo la Corte:

"Nuestro Código Civil — dice el doctor Antonio José Uribe en su 'Estudio sobre las servidumbres', refiriéndose al artículo 905— es bastante explícito en la determinación de los predios que pueden obtener una servidumbre legal de tránsito, pues dice expresamente que sólo se concede a los que se encuentran 'destituídos de toda comunicación con el camino público.' Parece que, según los términos del artículo 905, la incomunicación debe ser absoluta, y que si existe alguna salida, por difícil, costosa e insuficiente que ella sea, no hay lugar a imponer la servidumbre forzosa de tránsito. El Código de Napoleón (art. 682), emplea la expresión 'que no tenga ninguna salida'; y sin embargo, tanto la jurisprudencia como los expositores franceses (Aubry y Rau, Huc),

Págs.

han sostenido la doctrina de que deben considerarse como encerrados no sólo los fundos que carecen de todo acceso a la vía pública, sino también los que no tienen más que una salida insuficiente para la explotación de ellos; doctrina tan generalmente sustentada fue ésta, que se consagró como principio legal por la ley de 20 de agosto de 1881, que modificó el texto de los cuatro artículos (682 a 685), que en aquel código reglamentan la servidumbre de tránsito. En consecuencia, no parece aventurado sostener que entre nosotros puede demandarse la servidumbre legal de aquella especie para los fundos que sólo tienen una difícil, casi imposible, salida al camino público, o cuando la que existe es del todo insuficiente para explotar el fundo. Sostener esto no es violar la ley, sino no extremar el rigor de sus términos con perjuicio del interés general. Como el código mismo ordena que al predio gravado se indemnice de todo perjuicio, no hay por qué obligar al dueño del fundo total o relativamente encerrado a que se abstenga de explotar con todo el desarrollo posible su predio. Así se concilian los intereses de ambas partes, y se consulta también el interés social... La servidumbre legal de tránsito sólo se concede en cuanto sea indispensable para el uso y beneficio del predio encerrado. Los comentadores del código francés que dice que la servidumbre tiene por objeto facilitar 'la explotación' de dicho fundo, sostienen muchas y muy diversas opiniones acerca de lo que le es permitido hacer al propietario dominante. Los términos del nuestro son latos, pues con la palabra uso comprende el tránsito necesario para las personas: propietarios, obreros, trabajadores, etc., que a la heredad deben entrar; y en el término

Págs.

beneficio se incluye todo género de explotaciones del fundo, sean agrícolas o de otra clase. Y no señala límite al modo de beneficiar los predios: la servidumbre debe servir para todo futuro desarrollo en la explotación industrial de la heredad dominante. Pero la ley misma dice que esas facultades sólo se conceden en lo indispensable, es decir, que el abuso, el gravamen inoficioso o el muy poco útil al titular y demasiado perjudicial al predio sirviente, debe evitarse.' En el mismo sentido, el señor Vélez —después de explicar que la doctrina francesa, desde antes que el artículo 682 del Código de Napoleón se reformase por la ley de 1881, sostuvo que debían considerarse como fundos incomunicados, además de los que lo están de una manera absoluta, aquellos que tienen una salida que les basta para las necesidades de su explotación — dice lo siguiente: 'Esta doctrina, que considera generalmente como incomunicados los fundos separados de la vía pública por ríos sin puente y que no sean vadeables en todo tiempo y los que no pueden tener sino una salida peligrosa o que cueste una suma excesiva, puede tal vez fundarse en que si la servidumbre, según el artículo 905, debe otorgarse en cuanto fuere indispensable para el uso y beneficio de un predio, deben considerarse como que tienen derecho a ella los fundos que no tengan una suficiente para esos objetos. De otra manera: si la ley permite establecer la servidumbre es para lograr la explotación de los predios. Y si la de uno, bien sea industrial o agrícola, no puede llevarse a cabo por la comunicación que tenga el predio con el camino, a causa de sus peligros o insuficiencia, ¿por qué la ley en este caso autoriza que una finca se quede improductiva no permitiendo el esta-

Págs.

blecimiento forzado de la servidumbre? Sería conveniente que en nuestro código, siguiendo el ejemplo del legislador francés, se aclarase el artículo 905 en el sentido en que se aclaró el 682 del código francés. Mientras se realiza esta aclaración, juzgamos que el criterio del juez debe apreciar los casos que se le presenten, teniendo en cuenta entre otras cosas el objeto de la servidumbre legal de tránsito.....' En efecto, como lo advierten los expositores citados, con mucha razón, la ley francesa de 20 de agosto de 1881 —que modificó los artículos 682 a 685 del Código Civil, en el sentido de que la servidumbre de tránsito pueda imponerse no sólo cuando el predio carece en absoluto de salida a la vía pública sino también cuando la salida es insuficiente para la explotación agrícola o industrial— sólo vino a consagrar o respaldar una jurisprudencia y una doctrina que ya se habían pronunciado en este sentido no obstante la circunstancia de que la redacción original del artículo 682 del código francés era la siguiente: 'El propietario cuyo fundo esté encerrado y que no tenga ninguna salida sobre la vía pública, puede reclamar una servidumbre de tránsito sobre el fundo de sus vecinos para la explotación de su heredad, con cargo de pagar una indemnización proporcional al perjuicio que pueda ocasionar.' Hasta los más intransigentes exégetas llegaron a admitir que dicho artículo 682 del código francés, en su redacción primitiva, tenía que ser aplicado en ese sentido amplio según el cual debían gozar de la servidumbre legal de tránsito no sólo los predios que no tuvieran ninguna salida sobre la vía pública sino también aquellos que la tuvieran insuficiente para la explotación agrícola o industrial. La doctrina contemporánea se inclina, como es natural, a darles a las referidas disposiciones del código francés un sentido cada día más amplio y más social, concordante con la finalidad de los referidos textos, que es la de facilitar la explotación de los predios. En esa explotación encuentra la servidumbre legal de tránsito su fundamento y al propio tiempo sus límites. Dentro de ese orden de ideas, esa doctrina considera que la salida del predio es insuficiente, y hay lugar por lo tanto al establecimiento de la servidumbre, cuando aquella ofrece graves dificultades que no podrían evitarse sino mediante trabajos excesivos cuyo valor no guarde proporción con el de la propiedad. 'Esto es lo que acontece —dicen Planiol et Ripert, tomo III, número 926— en el caso de un fundo separado de la vía pública por un talud cuya pendiente hace naturalmente imposible el tránsito de caballos y ganados destinados a su explotación, o por un camino muy estrecho e inaccesible a las carretas. Eso es lo que acontece también en el caso de un terreno que no tenga salida sino del lado de un río cuyo paso por barca o buque o por medio de un puente presenta peligros o graves inconvenientes o exige gastos excesivos.' No vacila la expresada doctrina en admitir que para los efectos de la servidumbre de tránsito, lo mismo da que se trate de explotación industrial o que se trate de explotación agrícola. 'El propietario puede, pues —explican los autores citados, Nº 928, después de advertir que ya la jurisprudencia anterior a la ley de 1881 había consagrado estas soluciones— reclamar el tránsito lo mismo para la explotación de una cantera o para la explotación de una turbera o de un

Págs.

Págs.

glaciar o de un establecimiento industrial que para el cultivo de terrenos. Hay que ir más lejos: el propietario de un fundo encerrado tiene libertad de explotarlo como le parezca y de introducir las innovaciones que juzgue útiles, aumentando por ejemplo el establecimiento industrial que posee para reclamar en consecuencia un nuevo tránsito si el primitivo ha llegado a ser insuficiente. Puede hasta cambiar completamente el modo de explotación de su predio, abriendo, por ejemplo, una cantera en un terreno de cultivo o elevando una construcción o un establecimiento industrial. Tendrá entonces el derecho, para satisfacer las necesidades de la nueva explotación, de reclamar el tránsito que sea indispensable... Todo propietario tiene libertad para edificar sobre su terreno, para levantar un establecimiento industrial; la servidumbre debe modificarse con las necesidades del fundo y adaptarse a esas necesidades, pues sería contrario a la intención del legislador el condenar a la inmovilidad los predios encerrados.' Respecto de la organización de la servidumbre legal de tránsito, se advierte sin dificultad que ella existe de pleno derecho, es decir, que es la ley la que la establece directamente y que si bien es cierto que en caso de desacuerdo entre las partes el juez debe intervenir para determinar la indemnización que se deba así como la vía que haya de seguir, lo cierto es que la servidumbre en sí misma es preexistente a la determinación judicial (obra citada, Nº 930). De acuerdo con eso se ha decidido que el propietario de un fundo encerrado que transita por el otro antes de que la servidumbre haya sido organizada y fijada la indemnización, no puede ser castigado en virtud de la disposición penal que sanciona el tránsito por el terreno de otro, y se ha decidido igualmente, por la jurisprudencia francesa, que cuando el propietario del predio enclavado haya transitado durante más de un año por el predio sirviente, sin previa intervención judicial, puede intentar la querella posesoria contra el propietario de ese fundo sirviente si éste trata de turbar a aquél en la posesión de la servidumbre. Recientemente la Corte de Casación francesa, en sentencia de 5 de marzo de 1934, consideró expresamente el hecho mismo del encerramiento del predio (l'enclave), como un 'título legal' suficiente para admitirle al titular del derecho de tránsito la utilización de las acciones posesorias para hacer cesar la perturbación de su posesión.' Y en una nueva sentencia, de 3 de julio del mismo año, volvió la expresada Corte sobre el mismo asunto para sostener esa jurisprudencia. Comentando los fallos aludidos, se expresa de esta suerte Henri Solus en su 'Crónica trimestral sobre la jurisprudencia concerniente a los derechos reales' (Rev. trim. de Dr. Civ. año de 1934, páginas 645 y 863): 'Frecuentemente hemos tenido ocasión de relatar decisiones concernientes a la protección posesoria del derecho de transitar por el fundo de otro. Recordemos que como el ejercicio de la acción posesoria supone una posesión capaz de conducir a la propiedad por usucapión no habrá lugar a protección posesoria sino en cuanto la servidumbre de tránsito resulte, sea de un título convencional, sea de un título legal (y especialmente la existencia de un 'enclave'). En los demás casos no hay lugar a la protección posesoria puesto que, por una parte, la servidumbre de tránsito es una servidumbre

Págs.

Págs. Págs.

discontinua que no puede adquirirse por prescripción, y por otra parte, el tránsito es generalmente considerado como una simple facultad o tolerancia que no puede servir de base a la prescripción...' Aunque la servidumbre de tránsito sea discontinua y como tal no susceptible de adquirirse por prescripción, la jurisprudencia considera muy justamente que el encerramiento (enclave) constituye un título legal de adquisición. Es claro que en la generalidad de los casos el dueño del predio que necesita el tránsito tendrá que promover, a falta de acuerdo amigable, el correspondiente juicio para poder llegar a ejercer la servidumbre, pues nadie puede hacerse justicia por sí mismo, y si intenta gozar de ésta sin la previa intervención judicial del dueño del predio sirviente acudirá a las autoridades de policía para hacer conservar el statu quo. Pero cuando no se trata de hacer modificar una determinada situación de hecho; cuando por uno u otro motivo, el tránsito se está practicando, cuando, como en este caso, han fracasado las acciones de policía intentadas por el dueño del predio sirviente con el objeto de impedir el ejercicio de la servidumbre; cuando se está gozando de la servidumbre que la misma ley impuso y cuyo título es el hecho mismo de la incomunicación del predio; cuando, en una palabra, se está en posesión del derecho, es claro que desaparece la necesidad de acudir a la justicia, porque en este caso, como en tantos otros, la necesidad o no necesidad de la intervención judicial depende de la disconformidad o conformidad de la situación de hecho con el derecho que se alegue. Cuando el titular del derecho no necesita cambiar los hechos existentes, puede permanecer inactivo desde el punto de vista judicial, como lo explica muy bien Esmein (Tratado de Planiol et Ripert, tomo VI, números 282 y 297), a propósito de las nulidades: 'Para todas las nulidades —dice él— el que invoca la nulidad tendrá o no que obtener una sentencia judicial según que esté o no esté en posesión de la cosa litigiosa, y más generalmente, según que haya de tener o no la situación de demandante en el litigio eventual. Esta es una consecuencia del principio que prohibe hacerse justicia por sí mismo..... A falta de acuerdo amigable, el que quiere hacer cesar el estado de hecho resultante de la ejecución del acto nulo, tiene que obtener una sentencia.....' (Véase en el mismo sentido Colin et Capitant, t. I, número 297). Como en el caso que se estudia, según lo dicho, la servidumbre existe de pleno derecho porque la ley la estableció directamente y porque, como lo explica Solus, el título es el derecho mismo de la incomunicación del predio, si los hechos corresponden a ese derecho, desaparece para el titular del derecho la necesidad de tomar la iniciativa judicial. Es el dueño del fundo sirviente quien se ve obligado a tomar tal iniciativa cuando considera que, en razón de las circunstancias que alega, no existe en realidad el derecho que se está ejerciendo por el dueño del fundo dominante. Tomada la iniciativa por aquél, su acción prosperará o no según que pruebe o no que el fundo dominante tiene salida suficiente a la vía pública. A lo expuesto es procedente agregar: a) que los términos del artículo 905 de nuestro C. C. son muy amplios porque dentro de la noción de 'beneficio' queda comprendido todo género de explotaciones del fundo, sean agrícolas o de otra cla-

Pág.

se; b) que las palabras empleadas por el legislador colombiano: 'si un predio se halla destituído de toda comunicación con el camino público', no pueden ser obstáculo, como no lo fueron las empleadas en la redacción del artículo 682 del código francés, para llegar a la conclusión de que deben considerarse como encerrados no sólo los fundos que carecen de todo acceso a la vía pública sino también los que no tienen más que una salida insuficiente para la explotación de ellos; c) que de conformidad con el artículo 908 del código colombiano, las servidumbres que se constituyen por un hecho del hombre son las voluntarias, pues las naturales provienen de la natural situación de los lugares, sin que haya necesidad de constituirlas, y las legales son impuestas por la ley y preexistentes por lo tanto en sí mismas a toda intervención judicial; y d) que el art. 9º de la ley 95 de 1890, al establecer que las servidumbres discontinuas de todas clases y las continuas inaparentes no pueden constituirse sino por título, sólo se refiere a las servidumbres que tengan el carácter de voluntarias, y de ninguna manera a las legales, que no son susceptibles propiamente de constitución porque son el resultado de una imposición legal hasta el punto de que muchos autores no las consideran como servidumbres sino restricciones impuestas por la ley a los derechos y a la libertad de los propietarios, en provecho de los fundos vecinos. De lo dicho pueden sacarse las siguientes deducciones: 1ª Que la servidumbre legal de tránsito existe no sólo en favor de los fundos que carecen de todo acceso a la vía pública sino también de los que no tienen más que una salida insuficiente para la

Pág.

explotación de ellos; 2ª Que en la conveniencia social de la explotación del predio dominante encuentra dicha servidumbre su fundamento y al propio tiempo sus límites, sin que haya que hacer distinción alguna entre explotación agrícola o explotación industrial o explotación minera; 3ª Que dicha servidumbre legal no se constituye por título distinto del hecho mismo de la incomunicación, sino que existe de pleno derecho, porque es la ley la que directamente la establece, y es en consecuencia preexistente a toda determinación judicial, hasta el punto de que la necesidad o no necesidad de acudir a la justicia para el ejercicio efectivo de ella sólo depende de la situación de hecho existente: si el titular del derecho no necesita modificar los hechos existentes para conformarlos a su derecho, carece de interés la intervención de los jueces que, con su decisión, nada le agregan ni le quitan a ese derecho, sino que simplemente determinan, cuando es el caso, un cambio en la situación de hecho preexistente; 4ª Que, en consecuencia, la servidumbre de tránsito, cuando se trata de una servidumbre legal impuesta por la ley, existe independientemente de todo título (a menos que se entienda por tal, como lo entiende la Corte de Casación francesa, el hecho mismo del encerramiento), porque la norma jurídica que lo exige para las servidumbres discontinuas de todas clases y para las continuas inaparentes sólo se refiere a las servidumbres voluntarias. Examinada la sentencia del Tribunal a la luz de estas conclusiones, resulta claro que hay que infirmarla. El Tribunal, como ya se vio por las trascripciones hechas, para condenar a los demandados se fundó en la doble consideración de

Págs.

que a las minas de carbón pertenecientes al dueño del terreno no les son aplicables las disposiciones del Código de Minas sobre servidumbre y de que la servidumbre de tránsito por ser discontinua, sólo puede constituírse por escritura pública. 'Y como el predio de la 'Ciénaga' —concluye el Tribunal— no soporta servidumbre de tránsito constituída por escritura pública en favor del predio de 'Elisondo', debe concluírse que la acción negatoria prospera en este caso.' Es decir, que para el Tribunal, eliminada la posibilidad de aplicación del artículo 177 del Código de Minas, la cuestión quedaba reducida a saber si había o no título de constitución de la servidumbre de tránsito a cargo del predio de la demandante. No habiendo tal título no podía reconocerse la existencia de la servidumbre. Y para el Tribunal, ni la ley ni el enclavamiento son títulos. Al argumentar así, el Tribunal dejó de aplicar, como es obvio, el artículo 905 del C. C., que impone la servidumbre legal de tránsito en favor de los predios destituídos de comunicación con el camino público, sin necesidad de que medie título constitutivo de la servidumbre distinto de la ley y del hecho mismo de la incomunicación, e interpretó erróneamente el artículo 9º de la ley 95 de 1890. Es por consiguiente el caso de infirmar el fallo recurrido puesto que él aparece acusado como violatorio, por errónea interpretación, del artículo 9º de la ley 95 de 1890 y como violatorio, del artículo 905 del Código Civil." (Casación, XLIV, Nos. 1914 y 1915, septiembre 2 de 1936). Terminó la Corte casando la sentencia recurrida y profiriendo fallo de instancia en que condena a los demandados al pago del valor de los perjuicios sufridos por la actora a causa del tránsito establecido por éstos sobre el predio de la demandante.

Págs.

135, 2ª, 136, 1ª y 2ª, 137, 1ª y 2ª, 138, 1ª y 2ª, y 139, 1ª y 2ª

Salvó su voto en esta sentencia el magistrado doctor Miguel Moreno J. en una extensa exposición jurídica.

SIMULACION

- 274 -

Juan José, Eva y Concepción Rodríguez Russi vendieron a Norberto Hernández los derechos que tenían como herederos de sus padres en un terreno que el comprador les hipotecó por la parte de precio que quedó debiéndoles; Norberto vendió lo que había comprado a Adán Hernández a Angel María Avila y luégo éste, por escritura pública, declaró haber recibido a título de mutuo de Hernández cierta suma de dinero, y le hipotecó lo mismo que con él había comprado. En la causa mortuoria de Hernández se le adjudicó a María Amparo Petronila Forero de Velasco ese crédito y ésta demandó a Angel María Avila para su pago. Absolvió al reo el Tribunal sentenciador por falta de causa en la escritura de mutuo, pues estimó que, dada la confesión de Adán Hernández en posiciones en que fue declarado confeso, la causa de la obligación de Avila no fue el mutuo sino el pago total de la obligación que Hernández haría de la deuda a favor de los Rodríguez Russi, como que Hernández y Avila compraron el terreno con la obligación hipotecaria a favor de aquellos. Recurrió en

Págs. Págs.

casación la actora acusando el fallo por violación de varios artículos del Código Civil y del 15 de la ley 95 de 1890.

"Comprobado debidamente que no hubo el mutuo atribuído en la escritura Nº 154 como causa a la obligación asumida allí por Avila en favor de los Hernández, sino que la contraprestación de éste consistía en el compromiso asumido por él de pagar la deuda de los Rodríguez Russi en su totalidad, esto es, asumiendo los $ 803.50 determinados entre Hernández y Avila como cuota de éste en esa deuda, se tiene como consecuencia ineludible y sencillamente deducible que Avila no puede reputarse en mora para con Hernández, al tenor del artículo 1609 del C. C. Más aún, se tiene también a la luz de ese artículo, que ya a Hernández no le es dado cumplir ni allanarse a cumplir lo de su cargo, porque el pago de la deuda de los Rodríguez Russi quedó hecho desde 1920 por ambos, en forma que Hernández dejó de atender a la referida cuota de Avila; de suerte que es un hecho consumado este incumplimiento. La absolución de Avila se impone, por consiguiente, por obra de estos hechos y de esta sencilla consideración. Muy distinta es, como se ve, de la calificación de nulidad absoluta en el concepto de carencia de causa a que llegó el Tribunal para absolver. Ocurre, pues, corregir el concepto, aunque el resultado en definitiva sea igual. Carecer de causa una obligación es un fenómeno distinto, en sí mismo y en sus efectos, de que la causa verdadera no sea la causa aparente. Interesa advertir que el presente litigio es entre las mismas partes contratantes, ya que de un lado está Avila y del otro la adjudicataria de la sucesión de Hernández, título con el cual se presenta como demandante. (G. J., art. 747, inc. 2º). Los terceros, amparados como están por los artículos 1761 a 1766 del C. C., no podrían ser obligados ni ver sus acciones enervadas porque se establezca en un caso dado que la obligación que les ha servido de base y guía no tiene causa o, si la tuvo, es distinta de la aparente. Bien pueden ellos optar por la nueva situación determinada en virtud de la demostración y aludida respecto de diferencia entre la causa verdadera y la aparente o de la falta de causa; pero, repítese, no pueden ser regidas sus obligaciones ni embotadas o desviadas sus acciones sin su aquiescencia por la comprobación de falta de causa o la revelación de una secreta u oculta que venga a establecerse contra lo declarado ostensiblemente por las partes contratantes en los documentos exhibidos a los terceros. No hay, pues, lugar en el presente caso a las salvedades y estudio precedentes y obligados cuando de terceros se trata; ni hubo estorbo legal para que el Tribunal estudiara lo atañedero a la causa, hallara que la aparente es distinta de la efectiva y entrara a sentenciar en consonancia. Pero sí lo hay y ante el Tribunal debió haberlo para no confundir dos fenómenos en sí mismo y en sus efectos como son la falta de causa y la existencia de una causa diferente de la declarada en el contrato. Reconociéndose que los supradichos hechos básicos están legalmente comprobados, se reconoce el acierto de tomarlos como punto de partida, y al deducirse de ellos la absolución del demandado, se halla la legalidad del fallo que la pronuncia; pero, se corrige lo que, apartándose de la lógica, se desvía para llegar a la conclusión errónea de que no hu-

Págs.

bo causa, en vez de llegar a que lo que falta es exigibilidad. Hubo una simulación; se fingió un contrato y bajo él se ocultó otro. Tan diferentes son entre sí, que por ejemplo, es bilateral el verdadero y unilateral el aparente. Válido aquél, por lícito, al punto de que ningún inconveniente legal habría habido para declararlo directamente y de que hasta se dificulta explicar por qué se le disimuló, ocurre que él, consiguientemente, ha de regir las relaciones recíprocas de las partes contratantes, hoy litigantes, y que nació llevando consigo la condición resolutoria envuelta en los contratos de su clase según el art. 1546 del C. C.; y ocurre además, que, inejecutada la prestación de cargo de uno de los contratantes, al asumir éste el papel de demandante presentándose a exigir al otro las suyas, ha podido éste con toda eficacia oponer la excepción non adimpleti contractus, reconocida o establecida por el art. 1609 del mismo código. Pero de corregir los conceptos de la sentencia recurrida no se deduce que ella haya de casarse, siendo así que por distinta senda indicada aquí como cierta se ha de llegar a la misma absolución pronunciada en dicho fallo." (Casación, XLIV, Nos. 1918 y 1919, agosto 20 de 1936) .....

SIMULACION

275

Martín Vargas, en su calidad de marido de Clara Buitrago, demandó a Antonio Pinzón y a la sucesión de Francisco Buitrago, representada por sus herederos, para que se declarase nulo absolutamente por simulación el contrato por el cual Francisco Buitrago le vendió a Pinzón unos inmuebles, los cuales vendió Pinzón después a terceros. En casación intentada por el actor dijo la Corte:

Págs.

421, 1ª y 2ª

"La acción que se ha ejercitado en este pleito es constitutiva porque el objeto de ella se encamina a obtener la extinción de una relación de derecho y como su consecuencia, la modificación del estado jurídico existente. Procede la acción constitutiva siempre que los presupuestos especiales de ella se reúnan, los cuales son tres, a saber: a) La existencia de una relación jurídica concreta; b) Que los hechos aducidos sean adecuados para producir la modificación del estado jurídico existente; y c) Que haya una necesidad de tutela jurídica, esto es, que la constitución jurídica que se pretende no pueda obtenerse sino por medio de una sentencia. La relación jurídica de la letra a) consiste en este pleito en la compraventa que consta en la escritura Nº 116 del 15 de marzo de 1927, pasada por Francisco Buitrago y Antonio Pinzón ante el Notario de Agua de Dios. El segundo de los presupuestos dichos no existe ante el hecho, ya mencionado, de la transmisión a terceros que hizo Pinzón del dominio adquirido por él Para los efectos de la simulación en este pleito, son terceros, no los extraños a las partes, ni los que tienen de ellas sus derechos por título anterior al contrato simulado, ni los sucesores a título universal de cualquiera de las partes que realizaron el acto simulado, sino quienes adquirieron sus derechos de buena fe de la persona que en el negocio simulado aparecía como titular de ellos. La jurisprudencia, apoyada en el artículo 1766 del C. C., siempre ha establecido que la situación aparente creada por el acto ostensible de la

Págs.

simulación se convierte en definitiva para los terceros de buena fe, porque aquel es el único susceptible de ser conocido por éstos." (Casación, XLIV, Nos. 1918 y 1919, agosto 29 de 1936) 429, 1ª

SIMULACION

- 276 -

"...La simulación consiste, en líneas generales, en que se celebre ostensiblemente un acto o contrato, pero al mismo tiempo en que con la misma persona se celebre un acto secreto u oculto que adicione, modifique, altere en todo o en parte los efectos del acto ostensible, llamado también público o aparente (art. 1766 del C. C.)". (Casación, XLIV, Nos. 1918 y 1919, noviembre 24 de 1936) (1) 492, 2ª

SIMULACION

- 277 -

"...Ante la doctrina que no halla en la simulación por sí sola indefectiblemente una nulidad, sino una mera dualidad de contratos: el ostensible o aparente y el efectivo u oculto que sale a la luz cuando la simulación se demuestra, ocurre la obligación de estudiar este último en sí mismo, ya para declararlo nulo cuando efectivamente lo sea por ilicitud de causa u objeto o por cualquier otro motivo, ya para reconocerle toda su eficacia en caso contrario y regir a las partes por lo que, así las cosas, se demuestra haber sido verdaderamente su voluntad." (Casación, XLIV, Nos. 1920 y 1921, diciembre 12 de 1936) 653, 2ª

SIMULACION DE CONTRATOS

- 278 -

Samuel Lazo T. vendió a Joaquín Lazo T., por escritura pública número 208, del 4 de septiembre de 1916, todo cuanto tenía en la hacienda denominada "La Josepilla"; por escritura Nº 258, del 18 de octubre de 1916, Joaquín Lazo T. vendió a Jorge Alberto Vivas L. todos los derechos que sobre la hacienda de "La Josepilla" había comprado a Samuel Lazo T.; por escritura número 37, del 6 de febrero de 1917, Jorge Alberto Vivas dijo que le vendía a Joaquín Lazo T. todos los derechos que sobre esa hacienda le había comprado a éste, y por la escritura Nº 106, del 8 de febrero de 1918, Joaquín Lazo T. dijo que le vendía a Teodomiro Calderón Domínguez todos los derechos que sobre la misma hacienda le había comprado a Jorge Alberto Vivas L. Otorgadas esas escrituras ante los notarios que ellas nombran, José María Vivas y Mercedes Lazo de Vivas, cónyuges, demandaron en nombre de la sucesión de Samuel Lazo T., de quien era heredera la señora de Vivas, a Joaquín Lazo T., Jorge Alberto Vivas L., Teodomiro Calderón Domínguez, y a otros adquirentes de la misma finca, para que se declarase que esos contratos no eran reales y verdaderos, sino ficticios y simulados por carecer de causa real y lícita, pues ni los vendedores habían tenido intención de vender ni los

(1) Concordancias: cita la Corte las sentencias de fecha 27 de julio de 1935, G. J. Nº 1899, páginas 333 y siguientes; 29 de agosto de 1936, Vargas contra Pinzón, 30 de septiembre de 1936, G. J. números 1911 y 1912, páginas 827 y siguientes, y 24 de octubre de 1936, M. Lozo contra J. Lozo.

Págs. Págs.

compradores de comprar, por lo cual se pidió también la declaración de que eran nulos los mencionados contratos. Se pidió igualmente la declaración de pertenencia de la mitad de la hacienda "La Josepilla" a favor de la sucesión de Samuel Lazo T. y en cuanto a las posteriores enajenaciones la declaración de que no tenían valor ni efecto alguno. Contrademandó Joaquín Lazo T. para que se declarase que la sucesión de Samuel le debía pagar alguna suma de dinero proveniente de valor de honorarios médicos y medicinas, funerales y entierro, causados por la muerte de Samuel y por créditos contra éste pagados por el contrademandante. El Juez de Circuito respectivo absolvió a los demandados de los cargos de la demanda principal y condenó a la sucesión de Samuel a pagarle a Joaquín determinada suma de dinero. El Tribunal correspondiente declaró nulos de nulidad absoluta, por falta de causa real y lícita, los contratos de compraventa contenidos en las escrituras números 206, del 4 de septiembre de 1916, 258 del 19 de octubre del mismo año, y 37 del 6 de febrero de 1917, otorgadas en la Notaría 1ª de Palmira; se negó a declarar la nulidad de esas escrituras y a la restitución demandada del inmueble sobre que versan esos contratos por poseerlo terceros de buena fe; absolvió a la sucesión de los cargos de la contrademanda, a los otros adquirentes de los cargos que se les hicieron y declaró no probadas las excepciones perentorias propuestas por los demandados. Interpusieron casación los demandantes y el demandado Joaquín Lazo T., éste por haberse declarado la nulidad de la escritura Nº 206 y por la absolución de los demandantes en cuanto a la demanda de reconvención y éstos por no haberse declarado nula la escritura Nº 106 y por otros motivos, y para fundar ambas partes sus recursos citan algunos arts. del Código Civil como violados. Dijo la Corte:

"Hasta el año de 1935 vio la Corte en la simulación una causa de nulidad absoluta, y dijo que al contrato aparente le faltan dos requisitos indispensables para valer como negocio jurídico: consentimiento y causa. Pero desde el 27 de julio de dicho año, por sentencia publicada en el Nº 1899 de Gaceta Judicial, cambió de rumbo afirmando que en términos generales el simulacro de convención, cuyos efectos se destruyen o modifican ocultamente, no anula el pacto secreto. La Corte persevera en esta nueva doctrina y la ha ampliado en sentencias de 29 de agosto y 30 de septiembre últimos. Como a la luz de tan reciente jurisprudencia serán vistas las causales alegadas por ambos recurrentes, importa recordar sus bases en breve estudio preliminar, pues de no recordarlas pudiera resultar ilógico el presente fallo de casación. Negocio simulado es el que tiene aspecto contrario a la realidad, o porque no existe en absoluto o porque es distinto de como aparece. Lo caracteriza una divergencia intencional entre la declaración y el querer. Supone el nacimiento simultáneo de dos actos, uno visible y otro invisible. El privado suprime, adiciona, altera, modifica o desvía los efectos del público, y en el lenguaje de la Corte se llama contraestipulación. Puede ser verbal o escrito. La declaración ostensible, deliberadamente inconforme con el concurso real de las voluntades, va dirigida a producir en los demás una falsa figura del convenio. Implica siempre el ánimo de engañar; no siempre el de dañar.

Aunque da a la mentira apariencia de verdad, puede ocurrir que no cause detrimento. De suyo el acto secreto no es nulo. Una persona capaz, movida por causa justa, puede obligarse ocultamente a otra, desde que su consentimiento no adolezca de vicio y recaiga sobre objeto lícito.

Lo que puede hacerse en público también puede efectuarse en privado, aunque el contrato secreto tenga como envoltura uno ficticio. Cumplidos los requisitos necesarios a toda declaración válida de voluntad, faltaría por inquirir si se ha omitido alguno de los que las leyes prescriben para el valor de ciertos negocios en consideración a su naturaleza. Si también éstos se han llenado aunque sea prestándole al ostensible sus formalidades al oculto, no puede negarse la validez del último. Cuando faltan capacidad, o perfecto consentimiento, o causa u objeto lícito, o las solemnidades a que el acto o contrato verdadero esté subordinado según su naturaleza, se afectan lo visible y lo invisible, pero no por el hecho mismo de la simulación sino por la existencia del vicio. La simulación —que puede ser integral o parcial, de fin o de medio— ofrece cuatro grados: De esencia, cuando el acto oculto destruye los efectos del ostensible o los trueca en los de otro contrato diferente. De naturaleza, cuando el acto oculto suprime o modifica cosas subentendidas en el ostensible. De accidente, cuando el acto oculto elimina del ostensible cosas que a éste se le agregaron por medio de cláusulas especiales, o cuando el privado agrega al público cláusulas accidentales o meramente enunciativas. De interposición, cuando el acto oculto cambia una persona por otra, debido a que en el ostensible figuró la substituída como testaferro. Dentro de estos cuatro grados caben multitud de ejemplos: 1º Se supone celebrado un contrato que no existe en realidad (digo venderte mi casa y tú comprármela; pero ni tengo ánimo de enajenar ni tú de adquirir; convenimos privadamente en que ni me pagas el precio, ni me lo quedas debiendo, ni te consideras dueño de mi casa; por todo lo cual estás obligado a hacerme escritura de venta cuando yo te lo pida); 2º Se aparenta un contrato de naturaleza distinta a la del verdadero (digo venderte mi casa y tú comprármela; tengo el ánimo de enajenarla y tú el de adquirirla; pero te hago la tradición a título gratuito: he querido donártela). 3º Se fingen cláusulas inexistentes (te vendo mi casa con pacto de retroventa; pero quedo sin derecho a recobrarla); 4º Se ocultan cláusulas convenidas (te vendo mi casa, pura y simplemente, pero la venta quedará resuelta si en el trascurso de este año algún tercero mejora la compra). 5º Se desvirtúa una cláusula expresa (te vendo mi casa con pacto de retroventa; pero me reservo el derecho de recobrarla dentro del tiempo estipulado, sin reembolsarte el precio). 6º Se hace intervenir a una persona como simple testaferro (Pedro, te dono mi casa para que tú se la dones luégo a Juan). 7º Se cambia la fecha del contrato (retrasemos, Juan, la fecha de esta convención, para que no quede afectada por la retroactividad de la declaración de mi quiebra). 8º Se calla un modo (te vendo, Pedro, mi casa en un bajo precio; yo tengo el ánimo de enajenarla y tú el de adquirirla; la tendrás por tuya; pero tu adquisición beneficiosa no ascenderá sino a la mitad del inmueble; cuando yo haya fallecido, le harás escritura de la otra mitad a nuestro hermano Juan, de quien no

Págs. Págs.

recibirás precio alguno por tal enajenación). Las anteriores normas bastan para demostrar que la simulación material —con motivo y fines honestos o no ilícitos (sean plausibles o indiferentes), sin ánimo fraudulento, sobre objeto lícito y sin daño de terceros, hecha por persona capaz y con observancia de los requisitos formales— no es causa de nulidad. Y los ejemplos anteriores son suficientes para diferenciar la simulación material del fraude a la ley, del dolo, del error, de la reserva mental y de los medios desviados, así como para comprender que no hay simulación cuando se modifican, adicionan, alteran o desvían convenciones anteriores realmente celebradas. Tampoco se la debe confundir con los motivos de rescisión por enorme engaño. Que la convención secreta sea válida entre las partes, resulta del artículo 1766 del Código Civil. Este precepto niega todo valor contra terceros a las escrituras privadas hechas por los contratantes para alterar lo pactado en escritura pública y se lo niega también a las contraescrituras públicas cuando no se ha tomado razón de su contenido al margen de la matriz cuyas disposiciones se alteran y de la copia en cuya virtud han obrado los terceros. Todo lo cual significa, en sana lógica, que entre quienes contratan y contra quienes contratan valen tales escrituras privadas y tales contraescrituras públicas. También han de valer las contraestipulaciones verbales, establecida su existencia conforme a los principios de prueba de que se hablará luégo. Nótese que el artículo 1766 dice que las contraescrituras privadas o públicas no producirán efectos 'contra terceros', mas no dice que dejarán de producirlos 'respecto de terceros.' Y está bien la preposición adversativa, porque los terceros tienen derecho a invocar el acto secreto o el acto público. Si están de buena fe, porque no han conocido ni debido conocer la simulación, es para ellos inoponible el acto simulado. Pueden escoger el partido más conforme con sus intereses. La buena fe les convierte en real una situación aparente creada por el acto público. Estas conclusiones, naturalmente desprendidas del artículo 1766, contribuyen a demostrar cómo se concilian tal artículo y el 1748. Si la nulidad judicialmente pronunciada da acción reivindicatoria contra terceros poseedores, sin perjuicio de las excepciones legales, la simulación judicialmente pronunciada no da acción contra terceros poseedores de buena fe que confiaron en la realidad del acto ostensible. De los dos actos, el aparente y el oculto, aquel suele tener la calidad de simple hecho mientras que éste la tiene de negocio jurídico válido o nulo. Porque en el primero la voluntad es en lo general apenas declarada al paso que en el segundo hay concurso real de voluntades. A quien alega la simulación le corresponde desenvolver el acto secreto para que el juez lo analice en su fondo y en su forma y resuelva si es frustráneo total o parcialmente. Descorrido el acto ostensible queda el secreto, y a éste se subordinan las relaciones jurídicas. Cabalmente la acción de simulación consiste en que prime el acto privado sobre el público, y la puede ejercitar todo el que tenga algún interés protegido por la ley: contratantes, causahabientes, acreedores, etc., etc. El Código Civil autoriza esta labor de desentrañamiento, porque da al contrato el carácter de ley para los contratantes y dispone que conocida claramente la intención de éstos debe estarse a ella más

Págs.

que a lo literal de las palabras. La lucha del actor consiste en descorrer el velo para que puesto a la luz el contrato escondido se le analice en su fondo y en su forma, se vea si adolece de alguna nulidad y se lo dé cumplimiento en lo que deba subsistir. La acción es simplemente de prevalencia, a menos que, como se ha visto en algunos de los ejemplos (3º, 5º, 8º), para hacer efectivo el pacto secreto se necesite que sobreviva una parte del público, caso en el cual subsistirán el secreto en cuanto sea válido y el público en cuanto deba subsistir como base del secreto. Generalmente las partes individualizan y puntualizan el acto ostensible pero no el oculto. Para conocer éste se apela a confesiones, indicios, principios de prueba por escrito, etc., etc. Si el público debió ser escrito, porque su cuantía excediera del mínimo legal ($ 500.00), las partes no pueden establecer el privado, salvo las excepciones a las restricciones de la prueba testimonial, sino con prueba escrita o de igual categoría que la escrita, o valiéndose de los medios previstos por la ley 153 de 1887. Los terceros sí pueden echar mano de todos los medios probatorios a que haya lugar." De acuerdo con la teoría expuesta casó la Corte la sentencia recurrida en cuanto declaró nulo de nulidad absoluta el contrato de que da fe la escritura Nº 205 del 4 de septiembre de 1916, y en sentencia de instancia declaró la nulidad del contrato contenido en las escrituras números 258 del 18 de octubre de 1916 y 37 del 5 de febrero de 1917, que no había lugar a declarar la nulidad del contrato que consta en la escritura Nº 205, etc. (Casación, XLIV, Nos. 1914 y 1915, octubre 2ª de 1936) ..... 167, 1ª y 2ª, 168, 1ª y 2ª, y 169, 1ª

Págs.

SOBERANIA DEL JURADO PARA APRECIAR LAS PRUEBAS

- 279 -

Véase: Jurado. Casación del 13 de octubre de 1936, G. J. Nº 1917, XLIV.

SOBERANIA MONETARIA

- 280 -

Véase en Leyes acusadas lo que sobre este punto contiene la sentencia de la Sala Plena de la Corte, de fecha 25 de febrero de 1937, G. J. Nos. 1920 y 1921, 521, (1ª).

T

TEORIA DE LA IMPREVISION

- 281 -

Véase: Imprevisión. (Casación del 29 de octubre de 1936, G. J. Nos. 1918 y 1919, 457, 2ª, y 458, 1ª. Véase también la que sobre este punto contiene la doctrina Nº 159, (1).

(1) ¿Qué se entiende por TEORIA DE LA IMPREVISION? He aquí lo que sobre ese punto dice un jurisconsulto chileno: "Establecidos y analizados los requisitos de la noción de imprevisión nos queda por exponer en qué consiste la teoría de la imprevisión. En pocas palabras, podemos decir que es la doctrina jurídica (conjunto de principios de derecho debidamente fundados), que sostiene que el juez puede intervenir a petición de cualquiera de las partes, en la ejecución de la obligación, con el objeto de atenuar sus efectos, cuando, a consecuencia de acon-

Págs.

TEORIA ECONOMICO-JURIDICA DEL DINERO

- 282 -

Véase: Dinero.

TEORIA GENERAL DEL RIESGO

- 283 -

Véase lo que sobre este punto se expone en la doctrina titulada Cheques falsos. Casación del 9 de diciembre de 1936, G. J. Nos. 1918 y 1919, páginas 409 y siguientes.

TERCERIA

- 284 -

"...En el auto en que se admite una tercería sólo se debe examinar si el crédito presta mérito ejecutivo y si se cumplieron las exigencias del art. 1063 del C. J. Pero ni en esa providencia ni en otras posteriores se debe entrar a calificar el crédito ni a hacer apreciaciones que son materia de la sentencia de graduación de créditos, la cual se dicta una vez terminada la tramitación

tecimientos imprevisibles para las partes en el momento de formarse el vínculo jurídico, ajenos a su voluntad y que producen perturbaciones graves con relación a toda una categoría de contratantes, la ejecución de la obligación se hace más difícil o más onerosa, y siempre que aquél llegue a formarse la convicción de que siendo previsibles estas perturbaciones, las partes no se habrían obligado en las condiciones fijadas." (LA TEORIA DE LA IMPREVISION, por Lorenzo de la Maza Rivadeneira, Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales de Santiago de Chile.—Nota del Relator de la Corte).

Págs.

señalada en el procedimiento judicial." (Auto, Sala de Negocios Generales, XLIV, Nos. 1918 y 1919, noviembre 9 de 1936)..... 573, 1º

TESTAMENTO CERRADO

- 285 -

Se pidió en un juicio la declaración de nulidad de un testamento cerrado, la cual hacía consistir el recurrente de la sentencia en que no se había expresado en la cubierta del testamento que el testador había manifestado de viva voz que en aquella cubierta se hallaba su testamento. Copia la Corte el acta de la cubierta del testamento, de la cual aparece que sí se hizo esa declaración, y agrega:

"El cargo no es aceptable, porque los artículos 1080, 1082 del C. C. y 11 de la ley 95 de 1890, que eran los únicos aplicables al caso de autos antes de la ley 30 de 1931, en ninguna parte exigen que la cubierta del testamento cerrado lleve las precisas constancias que echa de menos el recurrente, es decir, que allí se diga que el testador hizo de viva voz y de manera que el notario y los testigos lo vean, oigan y entiendan, la manifestación de que la cubierta encierra su testamento. De modo que en el supuesto de que la leyenda trascrita no trajera la atestación que el recurrente extraña, no habría incurrido el Tribunal, como no incurrió, en el error de tenerla como prueba. Todos esos requisitos no es preciso hacerlos constar en la leyenda de la cubierta del testamento cuando el de cujus se halla en el caso del art. 1080. Con todo, ella se trascribe, con el fin de que se vea que a pesar de no ser exigencia legal, sí se dejó la atestación." (Casación, XLIV, Nos. 1920 y 1921, diciembre 10 de 1936)..... 656, 1º

Págs.

TITULO MINERO

- 286 -

Véase: Minas. (Casación del 30 de abril de 1936).

TRADICION DE BIENES RAICES, POSESION INSCRITA Y POSESION MATERIAL

- 287 -

"Según el Código Civil la tradición del dominio de los bienes raíces se efectúa por el registro, nadie puede adquirir su posesión sino por tal medio y no cesa la inscrita mientras la inscripción no sea cancelada. El mismo código define la posesión como un hecho y dispone sea establecida por actos significativos de dominio. Distingue entre la inscrita, como signo de haberse transferido el dominio de los bienes raíces, y la material que se adquiere por actos reales y se pierde desde que otra persona se apodera de la cosa con ánimo de hacerla suya. En este último sentido es visible y tangible. Un hecho y no un mero derecho. Algo que permite al propietario el ejercicio de su dominio. Y como esta situación corresponde ordinariamente al dueño, es natural ver a éste en el poseedor material. La ley lo presume. Dice que el poseedor es reputado dueño. En el artículo 762, inciso 2º, poseedor es el tenedor de la cosa que se conduce con respecto a ella como lo hace el propietario, es decir, usando, gozando y disponiendo. Si así no fuera, el dueño inscrito de un inmueble, cuya inscripción no ha sido cancelada, se hallaría en imposibilidad de promover acción reivindicatoria contra el ocupante que sin título inscrito le desconoce su derecho, y dejaría de ser cierto que la acción de dominio corresponde al dueño de una cosa singular, de que no está en posesión, para que al poseedor de ella sea condenado a restituírsela..." (Casación, XLIV, números 1920 y 1921, febrero 17 de 1937) (1) 599, 1º

V

VALES SUMINISTRADOS POR LOS EMPLEADOS DE MANEJO

- 288 -

En virtud de alcance por el suministro de vales dados por el Administrador de Hacienda Nacional del Departamento del Valle, fué ejecutada la fiadora, la cual alegaba como excepción que los vales no legalizados que constituían el alcance a cargo del Administrador, estaban permitidos o autorizados en virtud del silencio en contrario de las ordenanzas departamentales y de una práctica inveterada. Dijo la Corte:

"El argumento, de fuerza en el campo moral, porque indudablemente justifica la conducta del empleado responsable, no lo libera de sus obligaciones estrictamente legales de responder por cualquier alcance que le resultara en sus cuentas por razón de su manejo. Una cosa es la responsabilidad moral y otra la civil o pecuniaria. Como muy bien lo observa el señor apoderado ante la Corte, la acumulación de vales por una cantidad de $ 82.253.70, que

(1) Si el lector desea ilustrarse más sobre este punto, le aconsejamos la lectura del estudio titulado POSESION, publicado en el Nº 1923 de la GACETA JUDICIAL.—(N. del Relator).

Págs. Págs.

se encontró en la oficina respectiva en la diligencia de arqueo el 2 de abril de 1929, demuestra la existencia de una práctica larga en el empleo de tales documentos como medios de comprobación de anticipos de dinero dados por el Administrador de Hacienda en el ejercicio de su cargo; en los autos figuran varios vales de los que aquí se trata y está la declaración rendida por un alto empleado departamental — el Director de Obras Públicas— en que explica cómo él recibía cuantiosas sumas respecto de las cuales apenas daba al Administrador un simple recibo provisional, con el compromiso de legalizar o comprobar posteriormente la inversión. Pero de que ello ocurriera no se deduce que el empleado de manejo estuviese legalmente exonerado de responder de las cantidades de dinero que él suministrara a terceros por medio de vales; para que tal cosa pudiera aceptarse sería necesario acreditar, y ello no se ha hecho en el presente juicio, que una ordenanza departamental autorizara o permitiera el abono como dinero efectivo, en las cuentas de los empleados de manejo, de las sumas que ellos entregaran en virtud de recibos o vales provisionales." (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLIV, Nº 1917, octubre 19 de 1936)..... 384, 2º

VENTA DE DERECHOS EN UN FUNDO Y VENTA TOTAL DE EL

- 289 -

"..... La mera declaración de la cabida de un fundo no basta a conceptuar que se vende todo él, cuando ello acaece en instrumento que, por otra parte, claramente contiene en la declaración concerniente a la venta misma que ésta sólo se hace sobre derechos, es decir, cuando el contexto limita la trasferencia a derechos del vendedor en el predio de cuya cabida total responde... Manifestar que se venden cuantos derechos de dominio se tienen en un fundo no es advertir que sólo se trasfiere una cuota en él. Con la misma declaración de enajenar los derechos del vendedor en un predio suelen encabezarse las trasferencias del todo." (Casación, XLIV, Nos. 1918 y 1919, noviembre 23 de 1936)..... 482, 2º y 483, 1º

VEREDICTO CONTRADICTORIO

- 290 -

Para que haya contradicción ella no puede referirse sino a los términos del veredicto mismo, porque éste contenga afirmaciones contrapuestas que se destruyan, que impliquen ser y no ser al mismo tiempo el concepto que en el veredicto aparece; mas no puede llamarse contradictorio un veredicto que responde afirmativamente el cuestionario propuesto al Jurado. La contradicción debería ser, de existir, entre el cuestionario y la respuesta o, en el contexto de los veredictos, y en último caso sobre lo esencial de los hechos imputados. (Casación, XLIV, número 1917, noviembre 17 de 1936).. 355, 1º y 2º

VEREDICTO QUE FIJA LA CUANTIA EN UN DELITO DE ROBO

- 291 -

Como hubiese discrepancia entre los jurados respecto del guarismo o cantidad de dinero en que debiera fijarse el monto de un robo, se reunió un nuevo Jurado que limitó el

Págs.

valor de lo robado a una suma determinada. Se atacaba en casación la sentencia condenatoria por la causal 3ª.

"El recurrente no niega la existencia del delito de robo; la responsabilidad del procesado por ese delito no es cuestión que se esté debatiendo ante la Corte; y el fundamento que se le atribuye a la causal, enfoca únicamente este punto: siendo la cuantía de lo robado uno de los elementos del cuerpo del delito de robo, el veredicto del Jurado no puede tener fuerza probatoria para que el juez de derecho lo estime demostrado. Al analizar esta tesis, en relación con la sentencia que es materia del recurso, observa la Corte. Si el Jurado, por propia iniciativa, y sin que el cuestionario haya concretado el monto pecuniario del delito, fijara caprichosamente una cuantía que no tuviera antecedente alguno en los autos, extralimitaría su facultad de apreciación. Pero si el Jurado emite un veredicto sencillamente afirmativo sobre el cuestionario que el juez le propone y en el cual expresa la cuantía del delito; si este cuestionario es fiel trasunto del auto de proceder, y si el auto de proceder, a su vez, se funda en las pruebas del sumario, no podrá decirse que en tal caso la prueba del cuerpo del delito consiste en el veredicto; de suerte que la sentencia fundada en tal veredicto, tampoco podría acusarse por el concepto de errónea apreciación de la prueba del cuerpo del delito, puesto que no fue la decisión del Jurado sino otros elementos probatorios del proceso los que vinieron a servirle al juez de derecho para estimar probado el cuerpo del delito. Y esto que se dice pensando en la hipótesis de un veredicto simplemente afirmativo del Jurado, tiene mayor fuerza cuando lo que ha hecho el Jurado no es crear arbitrariamente un guarismo, sino mermar el que el juez de derecho había señalado de antemano. En estas condiciones, la explicación del Jurado está expresamente autorizada por el art. 48 de la ley 169 de 1896, que dice:..... etc." (Casación, XLIV, Nº 1916, agosto 8 de 1936)..... 219, 1ª y 2ª

Págs.

VIGENCIA Y OBSERVANCIA DE LAS LEYES

- 292 -

Una cosa es la vigencia en abstracto y otra cosa la observancia en concreto... La distinción que hace la Corte entre vigencia y observancia tiene su apoyo en el art. 55 del Código Político... Dentro de un sano régimen administrativo, corresponde a la administración, como intermediaria entre el legislador y los ciudadanos, contribuir al cumplimiento de las leyes. Cuando el gobernador sanciona en forma legal un proyecto acordado por la asamblea, para elevarlo a la categoría de ordenanza, dispone imperativamente que sea publicado y ejecutado. 'Publíquese y ejecútese', es la fórmula ritual. El primer extremo del imperativo significa inserción en el periódico oficial. El segundo extremo significa en los actos de doble acción, una administrativa y otra civil, el cumplimiento de condiciones oficiales y de obligaciones particulares. Si la oportunidad para el cumplimiento de las condiciones oficiales procede de estar vigente la ordenanza, la actividad de los particulares está condicionada a la realización de actos administrativos. (Casación, XLIV, Nos. 1920 y 1921, abril 28 de 1937)..... 733, 2ª; y 734, 1ª

TABLA

de las disposiciones constitucionales, legales y administrativas interpretadas, citadas o aludidas por la Corte en el presente Tomo XLIV

CONSTITUCION NACIONAL DE 1886

Artículos	Números
1º	159
2º	71, 159
11	83
23	83, 159, 213
25	213
26	83, 159, 213
27	83
30	159
31	85
37	159
38	158
40	158, 213
42	213
46	213
47	158
49	158
50	159
57	71, 85
62	85
76	159
120	213

CONSTITUCION DE 1936

(Acto Legislativo Nº 1º de 1936)

5º	83
10	85, 159
11	159
12	159
13	158, 159, 213
15	159, 213
19	159
20	158, 159, 213
34	85

ACTO LEGISLATIVO Nº 3 DE 1910

3	159
6	83
20	159

ACTO LEGISLATIVO DE 1914

1º	85

CODIGO CIVIL

Artículos	Números
1º	85
15	81, 183
17	170
63	81, 93
76	94
78	94
79	94
80	94
81	94
82	94
84	94
87	94
88	94
89	94
214	115, 170
215	170
216	170
217	170
222	170
223	170
224	170
237	115, 170
247	170
290	94
291	94
294	94
337	170
545	87
655	133
673	15
739	4, 213
752	258
762	287, 315
764	264
766	217
768	264, 24
769	264
779	203
808	273

CODIGO CIVIL

(Continuación)

Artículos	Números
853	87
867	87
869	34
881	272
882	272
905	273
946	267
947	87
949	261
970	87
976	90
977	90
1016	115
1017	115
1023	167
1080	285
1082	285
1155	28
1326	217
1393	165
1401	15, 203
1411	31
1434	190
1435	81
1436	31
1500	68
1509	93
1510	93, 104
1511	93
1512	93
1515	93
1518	93
1523	81
1530	203
1542	203
1546	56, 185, 264, 265
1602	81
1604	81
1608	74, 186
1609	74, 276
1612	87
1613	264
1614	264

CODIGO CIVIL

(Continuación)

Artículos	Números
1615	143
1617	143
1623	28, 63
1653	87
1673	87
1748	277
1749	87
1758	72
1759	74
1761	274
1762	274
1763	274
1764	274
1765	274
1766	275, 276, 277
1770	154
1776	214
1882	87
1895	81
1898	81
1909	58
1930	58, 264, 185
1933	264
1935	201
1937	201
1938	201
1943	201
1948	87
1987	90
1991	62
1996	87
2007	87
2009	99
2079	165
2087	105
2097	105
2105	105
2108	105
2134	28
2141	105
2177	18, 167
2194	109
2218	87
2230	80
2240	86
2242	86
2253	86
2258	87
2259	87
2265	87
2272	87
2277	87
2280	87
2313	106
2325	54
2341	81
2347	81
2354	81
2356	81
2417	87
2421	87
2422	87
2426	87
2429	87
2463	87
2467	87
2508	98
2596	98

CODIGO CIVIL

(Continuación)

Artículos	Números
2495	98
2497	87
2499	98
2520	272
2534	148
2536	223, 227, 228
2539	229
2543	228
2641	253
2653	253

CODIGO DE COMERCIO

10	12
20	13
24	96
26	96
39	163
40	163
41	163
42	163
43	163
44	163
45	163
46	61, 154, 163
47	163
48	163
49	163
50	163
51	163
52	163
53	163
54	163
55	163
56	163
57	163
58	163
336	18, 167
357	18, 167
358	18
359	18
360	18, 167
361	18
362	18
374	167
445	208
450	208
493	165
506	96
517	165
518	165
525	165
537	165
540	165
541	165
730	74
731	74
734	74
736	74
737	74
738	74, 96
741	74

CODIGO PENAL

29	139
30	139
31	233

CODIGO PENAL

(Continuación)

Artículos	Números
41	232, 233
87	209
112	181
339	257
341	257
505	2, 3
537	129, 130, 161
595	126
600	126, 131, 130
603	126, 130, 131
836	2, 3

CODIGO JUDICIAL

DEROGADO

681	73
835	259

CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CRIMINAL

1313	76, 151
1616	195
1991	8

NUEVO CODIGO JUDICIAL

18	152
37	66
40	155, 192, 52
82	20
84	20
264	79, 169
292	97
303	149
312	187
327	187
333	262
343	110
364	36
367	247
451	190
455	246
456	190
457	190
466	13
471	259
508	65, 66
519	42, 245
520	95
521	247, 248
522	248
530	248
542	253, 254, 255
553	109
597	82
604	61, 63
609	63
625	154
626	154
632	72
693	82
696	63
712	146

NUEVO CODIGO JUDICIAL

(Continuación)

Artículos	Números
732	102
730	102, 139, 140
731	139, 140
732	139
747	274
985	217
982	243, 155
988	190
1038	267
1021	267
1022	267
1023	267
1058	155
1059	155, 187, 243
1060	156
1063	284
1139	135
1198	98
1224	27
1225	27

CODIGO POLITICO Y MUNICIPAL

65	293

CODIGO FISCAL DE 1875

—	30

CODIGO FISCAL ACTUAL

(Ley 110 de 1912)

127	159
187	83, 184
188	83, 184
257	225
293	114

CODIGO DE MINAS

4°	178
28	179
30	179
59	178
66	178
70	178
117	181
118	181
127	181
128	181
146	64
341	64
346	179
362	273
383	178
412	180

LEYES ESPECIALES

LEY 50 DE 1886

—	85

LEY 53 DE 1887

5	190

LEYES ESPECIALES

(Continuación)

Artículos	Números
8	190
45	190

LEY 57 DE 1887

8°	167
246	194
265	191
—	269

LEY 153 DE 1887

89	161
221	214
—	277

LEY 18 DE 1890

	158

LEY 23 DE 1890

—	214

LEY 72 DE 1890

—	213

LEY 95 DE 1890

9°	272, 273
11	285

LEY 105 DE 1890

54	36
180	267
282	90
283	90
368	251
368	251

LEY 41 DE 1892

1°	267

LEY 100 DE 1892

79	196

LEY 160 DE 1896

—	214

LEY 170 DE 1896

4°	119

LEY 38 DE 1903

—	183

LEY 18 DE 1904

—	183

LEY 29 DE 1905

—	207

LEYES ESPECIALES

(Continuación)

Artículos	Números
LEY 59 DE 1905	
—	183
LEY 61 DE 1905	
116	109
LEY 35 DE 1907	
—	183
LEY 40 DE 1907	
119	245, 251
157	76
—	214
LEY 43 DE 1907	
—	214
LEY 53 DE 1909	
39	37
LEY 69 DE 1909	
—	183
LEY 75 DE 1913	
—	181
LEY 122 DE 1913	
—	158
LEY 130 DE 1913	
18	192
LEY 120 DE 1914	
—	183
LEY 41 DE 1915	
—	214
LEY 83 DE 1915	
14	187
LEY 65 DE 1916	
—	159, 183
LEY 75 DE 1916	
—	81
LEY 90 DE 1920	
9°	252
10	252

LEYES ESPECIALES

(Continuación)

Artículos Números

LEY 92 DE 1920

— | 214

LEY 20 DE 1921

5º | 86

LEY 68 DE 1921

— | 214

LEY 81 DE 1923

— | 257

LEY 104 DE 1922

22 | 209
35 | 20, 21, 157
33 | 20
34 | 76

LEY 20 DE 1923

2º | 202

LEY 25 DE 1923

— | 159, 183

LEY 42 DE 1923

— | 225

LEY 46 DE 1923

1º | 33
3º | 33
186 | 81
187 | 81
191 | 81

LEY 75 DE 1923

— | 251

LEY 84 DE 1927

39 | 181

LEY 69 DE 1928

— | 214

LEY 21 DE 1931

11 | 13

LEY 20 DE 1931

— | 285

LEY 38 DE 1931

— | 159, 183

LEYES ESPECIALES

(Continuación)

Artículos Números

LEY 99 DE 1931

— | 85

LEY 118 DE 1931

3º | 136
6º | 45

LEY 119 DE 1931

— | 185

LEY 37 DE 1932

1º | 159
16 | 159
17 | 159

LEY 11 DE 1933

— | 159

LEY 46 DE 1933

2º | 158, 183
7º | 159

LEY 62 DE 1935

— | 158

LEY 10 DE 1936

— | 233, 238

LEY 50 DE 1936

2º | 188

LEY 62 DE 1936

— | 158

DECRETOS

DECRETO Nº 491 de 1908

— | 160

DECRETO Nº 553 de 1925

— | 32

DECRETO Nº 671 de 1927

201 | 67

DECRETO Nº 2020 de 1927

— | 78

DECRETO Nº 1683 de 1931

— | 159, 183

DECRETO Nº 280 de 1932

— | 159

DECRETO Nº 420 de 1932

— | 159

DECRETOS

(Continuación)

Artículos Números

DECRETO-LEY Nº 911 de 1935

— | 114

DECRETO LEGISLATIVO

Nº 136 de 1932

6º | 85
7º | 85

DECRETO Nº 1365 de 1936

1º | 83
2º | 83
14 | 83
15 | 83
17 | 83
31 | 83
34 | 83, 184
36 | 83, 184
39 | 83
41 | 83
43 | 83
— | 213

ORDENANZA Nº 30 de 1929,

de Cundinamarca

— | 256

CODIGO CIVIL DEL ESTADO SOBERANO DEL CAUCA

234 | 170
235 | 170
241 | 170
271 | 170

CODIGO CIVIL DEL ESTADO SOBERANO DE CUNDINAMARCA

2495 | 87

CONFERENCIA EPISCOPAL DE 1927

— | 197

LEYES Y CODIGOS EXTRANJEROS

CODIGO CIVIL CHILENO

2392 | 87

CODIGO CIVIL FRANCES

8º | 183

102 | 96
543 | 256

CODIGO CIVIL FRANCES

(Continuación)

Artículos	Números
682	273
683	273
684	273
688	272
896	161
1048	161
1116	93, 96
1239	81
1240	81
1282	81
1334	72
1335	72
1336	72
1594	161
1873	165
1948	87
2082	87
2087	87
2232	272
2280	87

CODIGO DE COMERCIO FRANCES

17	154
145	81

CODIGO ITALIANO DE COMERCIO

63	162

CODIGO ITALIANO DE COMERCIO

(Continuación)

Artículos	Números
46	162
47	162
48	162
49	162
50	162
51	162
54	12

CODIGO PORTUGUES DE COMERCIO

99	12

CODIGO RUMANO DE COMERCIO

56	12

CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL DE CHILE

221	72

LEY francesa de 20 de agosto de 1881

CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL DE CHILE

(Continuación)

Artículos	Números
—	273

LEY alemana de 11 de marzo de 1908

—	81

LEY alemana de 17 de julio de 1909

—	188

LEY inglesa de 1882

—	81

LEY norteamericana de 1897

321	81

FE DE ERRATAS

En la página 906 dice: 630. Léase: 658.

INDICE ALFABETICO

TOMO XLIV

Pág.

- A -

Abondano Rizo Carlos. Demanda de inexequibilidad de algunas disposiciones del Decreto Nº 136 de 1932. Sentencia de la Corte Plena 207
Acta de visita 561
Acuerdo Nº 41 de 16 de noviembre de 1936 555
Acuerdo Nº 7 del 7 de mayo de 1937. 788
Alfonso José E. contra el Ingenio Central de San Antonio, sociedad anónima. Ordinario sobre resolución de un contrato e indemnización de perjuicios 31

Alvarez de Lago Lucrecia contra Rosendo Leguizamo. Ordinario de reivindicación 727
Alvarez Ramón Numa. Causa por robo 218
Amézquita Antonio M. contra la sociedad Grace & Cía. Ordinario sobre declaración de infracción de un contrato por error 423
Andrade José Arturo, Rafael Díaz Vargas y otros. Demanda de inexequibilidad de las leyes 37 de 1932 y 11 de 1933 y de los arts. 1º, 2º y 7º de la ley 46 de 1933; 1º y 7º del Decreto Nº 280 de 1932 y 1º del Decreto 420 de 1932 613
Antonio Ricaurte (sociedad), contra la sucesión de Modesto Torres. Ordinario por pesos y por indemnización de perjuicios 504

Apolinar José Rafael contra Ignacio Eslava. Ordinario sobre rescisión de un contrato por error 423
Arana Guillermo contra Hermenegildo García R. Ordinario sobre reivindicación 51
Arboleda Luis María. Causa por heridas 353
Arcila Rubén contra Sergio Aristizábal y Francisco Jaramillo Isaza. Deslinde de minas 458
Arias Mejía Gerardo. Recurso de hecho en el juicio sumario sobre cancelación de la matrícula de un abogado 763

Pág.

- B -

Barajas Hipólito, Antonio y Luis Guillermo y otro. Causa por homicidio 552
Barrera Segundo. Asesinato 227
Barros Arcadio, contra el Departamento del Magdalena. Tercería en el juicio ejecutivo de Juan Lázaro Robles contra el Departamento.... 571
Becerra Leopoldo contra Esteban Tenorio. Ordinario de reivindicación.. 57
Becerra Leopoldo contra Lotario González Tenorio. Ordinario de reivindicación 595
Benjumea Bernardo contra Isáac Pulido J., Belisario Pulido y otros. Ordinario por pesos 113
Berrío París Julio contra la Nación. Caducidad de la instancia..... 290
Bonilla Mauricio contra Arturo Sánchez. Ordinario de dominio..... 736
Bravo Carlos y Jorge Leiva. Demanda de inexequibilidad de la ley 62 de 1935 sobre sociedades masónicas y sentencia correspondiente 624
Burgos Rafael contra Pedro Antonio Valverde. Ordinario de reivindicación 159

- C -

Camacho Angélica v. de Gómez y Ana María Gómez de Silva contra Cecilio Ríos. Ordinario sobre nulidad de unos testamentos 655
"Calima." Deslinde de ese terreno. Consulta de la sentencia proferida en ese juicio 763
Campo Luis Felipe contra Jorge Vivas Lasso. Ordinario sobre restitución de la finca arrendada..... 478
Canalizo E. A. and Company, Incorporated, contra Gabriel Delarroche Ch. Ordinario sobre pago de una suma de pesos 305
Cardona Eusebio contra Angel María Giraldo. Ordinario por pesos.. 721
Cardona José Eliseo. Causa por robo. 551
Celis Amaya Bernardo. Causa por homicidio 347

Págs.

Cervantes Jenaro. Causa por homicidio 180
Cine Colombia contra el Municipio de Medellín. Ordinario por pesos..... 471
Compañía Explotadora de Petróleos, S. A. Propuesta de exploración y explotación de petrólcos..... 264
Compañía de Petróleos, S. A. Aviso de exploración y explotación de petróleos. Se declara fundada su pretensión 774
Contreras José Antonio contra Evaristo Contreras. Ordinario. Recurso de hecho 342

- CH -

Chacón Chacón Graciela. Pensión.... 379
Chaparro Luis E. y Guillermo Olarte. Causa por asesinato 558
Chavarriaga Alfredo. Ordinario sobre liquidación de la sociedad Luis Restrepo M. & Cía. 438

- D -

Cabah & Cía. y Jorge Alberto Lemos contra Carlos Zamorano S. Ordinario de rescisión de un contrato por dolo y en subsidio por lesión enorme 421
Danies Rodolfo contra el Departamento del Magdalena. Embargo... 373
Danies Rodolfo contra el Departamento del Magdalena. Excepciones en juicio ejecutivo 375
Decreto Nº 136 de 1932, acusado como inexequible en sus arts. 6º y 7º. Sentencia de la Corte Plena..... 207
Delgado Roberto. Causa por falsificación de moneda 363
Delgado A. Roberto. Pensión de jubilación 367
Departamento del Valle y Guillermo Rodríguez Vallecilla contra Amalia Orejuela v. de Vallecilla. Juicio de venta o adjudicación de finca hipotecada 382
Departamento del Tolima contra The Dorada Railway Company Limited. Rendición de cuentas 369
Departamento de Cundinamarca contra Carlos de la Espriella. Venta de hacada 520
Miguel Díaz Cri-

Págs.

los arts. 1º, 2º y 7º de la ley 46 de 1933; 1º y 7º del Decreto Nº 280 de 1932 y 1º del Decreto Nº 420 de 1932 513

- E -

Echeverri Ismael. Causa por homicidio 344
El Abejón. Partición material de ese globo común. Recurso de casación contra la sentencia aprobatoria de la partición 453

- G -

Galán José. Causa por homicidio.... 226
Gallego Pedro Juan. Causa por homicidio 225
Gálvez Manuel José. Causa por homicidio. Sentencia absolutoria por casación del fallo recurrido..... 215
García Rosaura contra Encarnación Aparicio v. de Barberena, Antonio, Carlos y Juan Barberena y otros. Ordinario sobre servidumbre negatoria de tránsito 138
García Manuel. Causa por homicidio. 741
Gaviria María. Causa por falsificación de moneda 363
Gil Francisco. Causa por homicidio.. 344
Gómez Gregorio. Causa por homicidio 221
Gómez de Rocha Matilde contra la Hartford Fire Insurance Company. Ordinario sobre pago del valor de un seguro 674
Gómez v. de Silva Ana María y Angélica Camacho v. de Gómez, contra Cecilio Ríos. Ordinario sobre nulidad de unos testamentos..... 655
Gómez P. Eugenio. Pensión..... 782
González Pedro C. y Josefina Rodríguez de Hanabergh. Oposición al depósito de bienes embargados en el juicio ejecutivo de la Nación contra Roberto E. Echeverría..... 279
Gooding Guillermo y María Paulina Gooding contra Silvino Pinzón, Ana Rosa Pinzón de Barrera, María Pinzón de Castro y otros. Ordinario sobre declaración de existencia de una servidumbre y sobre otros puntos. 43
Cruesa Fabio contra Manuel José Maya. Ordinario sobre revisión de una

Pág.

de bienes de un inventario y restitución 431
Gutiérrez Ramón Elías contra el Departamento de Caldas. Ordinario por perjuicios 754

- H -

Hernández María Francisca y Luis María Oliveros contra la sociedad denominada Cine Colombia. Ordinario de reivindicación 67
Herrera de Pardo Purificación. Sucesión. Recurso de casación contra la sentencia aprobatoria de la partición 334
Herrera Luciano contra Delfín Martínez. Ordinario por pesos..... 464
Hofseth Bjarne contra la Compañía de Cemento Portland Diamante. Ordinario sobre pago de servicios. 533
Hofseth Bjarne contra la Compañía de Cementos Portland Dimante. Ordinario sobre pago de servicios. Sentencia de instancia por haberse casado en la anterior el fallo recurrido 540
Hurtado Epifanio contra Benjamín Martínez E. Ordinario sobre resolución de un contrato de permuta.... 88

- J -

Jiménez Manuel José. Demanda de nulidad de unas resoluciones ejecutivas 285

- L -

La Nación contra el Banco de la República sobre devolución de intereses indebidamente pagados 182
La Nación (Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales), contra Aristides Abadía Valencia. Excepciones en juicio ejecutivo 246
La Nación (Recaudación de Hacienda Nacional de Honda), contra Roberto Echeverri V. Excepciones en juicio ejecutivo 248
La Nación (Recaudación de Hacienda Nacional de Angelópolis), contra Juan de D. Saldarriaga. Excepcio-

Pág.

La Nación (Recaudador de Hacienda Nacional de Barranquilla), contra Manuel María Márquez. Ejecutivo por pesos 252
La Nación (Administrador de la Aduana de Cartagena), contra Roberto Cavelier y Pastor Restrepo. Excepciones en juicio ejecutivo... 257
La Nación (Recaudación de Hacienda Nacional de Concordia), contra Jesús M. González. Excepción en juicio ejecutivo 261
La Nación (Juzgado 2º Nacional de Ejecuciones Fiscales de Bogotá), contra José Manuel Guillén. Excepciones en juicio ejecutivo..... 294
La Nación (Recaudación de Hacienda Nacional de Bogotá), contra Pedro & Santiago López. Excepciones en juicio ejecutivo 275
La Nación (Juzgado 2º Nacional de Ejecuciones Fiscales de Bogotá), contra Roberto Echeverría y otros. Se anula en parte el juicio ejecutivo 276
La Nación (Juez Nacional de Ejecuciones Fiscales), contra Alvaro Sánchez. Excepción en juicio ejecutivo 368
La Nación (Sindicatura del Impuesto de Herencias), contra el Municipio de Bogotá. Se abstiene la Corte de conocer por carencia de jurisdicción 871
La Nación (Agencia de Ejecuciones Fiscales de Correos y Telégrafos), contra Antonio Guevara y Ruperto Bourdon. Ejecutivo 385
La Nación (Recaudación de Hacienda Nacional de Angelópolis), contra Alfonso Saldarriaga R. Excepciones en juicio ejecutivo..... 386
La Nación (Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales), contra Isidoro y Jorge Peña. Excepciones en juicio ejecutivo 387
La Nación (Recaudación del Impuesto sobre la Renta de Bogotá), contra José de Jesús García. Excepciones en juicio ejecutivo 389
La Nación (Administración de Hacienda Nacional de Medellín), contra Hermógenes y Ricardo Delgado. Ejecutivo 562
La Nación (Agencia [illegible] Fiscales de Correos

Págs.

La Nación (Juzgado de Rentas Nacionales), contra Elvira García Tolosa. Embargo 567
La Nación (Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales), contra José Bechara. Ejecutivo 577
La Nación (Procurador General), contra Juan y Hernando Uribe Cualla. Venta y adjudicación de bienes hipotecados 584
La Nación (Recaudación del Impuesto sobre la Renta), contra Guillermo Pereira Harker. Excepción en juicio ejecutivo 748
La Nación (Juzgado 1º Nacional de Ejecuciones Fiscales), contra Jorge E. Vargas y Eustasio Medellín y Pablo Enrique Ahumada. Excepción en juicio ejecutivo..... 759
La Nación (Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales), contra Aníbal Barbosa y Juan Mc'Allister. Excepciones en juicio ejecutivo 762
La Nación (Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales), contra Manuel S. Caicedo 768
La Nación (Juez 1º de Ejecuciones Fiscales) contra Luis Bastidas Bastidas. Excepciones en juicio ejecutivo 770
La Nación (Juzgado 2º Nacional de Ejecuciones Fiscales), contra Alejandro y José Santos Lezaca. Excepciones en juicio ejecutivo..... 772
La Nación (Juzgado 2º Nacional de Ejecuciones Fiscales), contra José Manuel Guillén. Excepciones en juicio ejecutivo 781
Lenis Alvear Angel M. contra Gustavo Zamorano. Ordinario sobre una servidumbre de abrevadero 518
López Orbilia contra el Departamento de Caldas. Consulta de la sentencia proferida en el juicio sobre pago de perjuicios 785
Luengas José J. contra la Nación. Ordinario sobre pesos por haber sido retirado del servicio militar activo 751

= M =

ra Juan Ramón
le revisión..... 652
tista. Recurso de
entencia aprobán en el juicio de
Hurtado 486
Moisés Spath con-

Págs.

tra Mauricio Visnal. Acción de dominio. Se declara desierto el recurso de casación 718
Mejía y M. Antonio. Sobreseimiento por delito de responsabilidad..... 361
Mejía de Acosta Petronila. Recurso de súplica intentado en el juicio sobre nulidad del testamento de Félix A. Garcés 717
Mera Caicedo Aníbal. Revisión..... 747
Molina Pérez Luis. Causa por falsedad en documentos públicos y estafa 365
Moncada Cerbeleón. Causa por asesinato 548
Monroy Eleuterio. Causa por heridas 234
Monroya Juan María contra la sociedad Grace & Co. Central American. Ordinario sobre restitución de una cantidad de café 316
Moya Tobar Gabriel contra la sociedad denominada Urbanización del Barrio Inglés, S. A. Ordinario sobre pago de servicios 541
Municipio de Tinjacá contra Elcías y Gabriel Peñarete, Leonidas Peña y otros. Ordinario de petición de herencia y reivindicación 153
Municipio del Espinal. Ordinario sobre derechos a la sucesión de la señora María Santy v. de Alcázar... 122
Muñoz Luis E. Causa por homicidio. 221
Muñoz R. Tomás contra Emilio y Antonio Hoyos. Ordinario sobre pago de una suma de pesos..... 455
Murillo Sibel. Envenenamiento..... 660

= N =

Narváez Neftalí. Causa por delito de responsabilidad 345
Navarrete José María, Manuel María, Lucía y Elvira Navarrete contra Rafael Paredes. Ordinario sobre filiación 100
Navarro Julio T. Demanda de inconstitucionalidad del Decreto Nº 1366 de 1935, sobre estaciones radiodifusoras y sentencia de la Corte Plena 9
Nieto Ricaurte Francisca. Sucesión. Objeciones a la partición..... 26

= O =

Olarte Guillermo y Luis E. Chaparro. Causa por asesinato 553
Orden Tercera de San Francisco con-

Págs.

tra María Josefa Saavedra de Jaramillo. Ordinario de reivindicación y acción de recobro 703
Ordóñez v. de García Herreros Paulina. Pensión 757
Orozco López Luis. Tercería en el juicio ejecutivo que seguía la Nación contra Hernán Isaacs 579
Ortiz C. Jorge [illegible] contra la Nación. Ordinario por perjuicios 789
Ortiz Emiliano. Causa por homicidio. 229

- P -

Palacios Ciro y Belisario y otros. Recurso de hecho 283
Parcialidad de Indígenas de Cañamomo y Lomaprieta contra Celedonio Gómez H. Ordinario sobre restitución de un inmueble 530
Parcialidad de Indígenas de Cañamomo y Lomaprieta contra Obdulio y Alejandro Toro. Revisión de una sentencia 543
Pardo de Guerrero Agustina contra la Nación. Ordinario sobre nulidad de una hipoteca 586
Peña Velasco Ricardo y Alfonso Garcés. Recurso de casación de la sentencia aprobatoria de la partición de "Paso Ancho" 462
Peraza Manuel M. contra Carlos A. Dávila. Ordinario sobre pago de mejoras hechas por aquél en la finca arrendada por éste 76
Pineda Ismael. Causa por heridas... 351
Posada de Salcedo Amelia contra Víctor Manuel González. Desistimiento del pleito contra éste por nulidad de unos contratos 529

- R -

Radiodifusión. Sentencia de la Corte Plena en la demanda de inexequibilidad presentada por el señor Julio Navarro T. sobre el Decreto Nº 1865 de 1935, referente a la concesión de licencias para la instalación y explotación de estaciones radiodifusoras 8
Ramírez Garzón Juan. Causa por homicidio 178
Ramírez Manuel. Causa por homicidio 214
Ramírez de Aguirre María Cleofe contra el Banco de Bogotá. Ordinario sobre pago de unos depósitos bancarios 494

Págs.

Reina Abisael contra Francisco A. Castilla. Ordinario sobre pago de servicios 108
Renza Florentino, Antonio y otros. Causa por homicidio 365
Restrepo Uribe Guillermo contra Alberto Acosta Ortega y Andrés Santodomingo Navas. Ordinario sobre resolución de un contrato y sobre restitución de una finca 82
Rivera G. Joaquín contra Obeso, Reyes, Nissen & Cía., S. A. Ordinario por pesos 90
Riveros Raquelina. Causa [illegible] encubridora del delito de asesinato seguida contra Segundo Barreto..... 227
Robles Juan Lázaro contra el Departamento del Magdalena. Ejecutivo. 57
Rodríguez Antonio y otros contra Ignacio Rivas Putnam, Inés Leiva de Rivas y Leoncio M. Valdés. Ordinario sobre nulidad de un juicio, pago de mejoras, perjuicios, etc. 116
Rodríguez Ll. Julio [illegible] contra la Nación. Especial sobre pago de pesos. 765
Rojas Abraham y an[illegible] contra Fructuoso Garrido V. Ordinario sobre resolución de un contrato..... 526
Rozo José. Causa por homicidio..... 357
Ruiz N. Belisario contra la Nación. Ordinario sobre pago de unas libranzas 673
Ruiz Montaña Aristóbulo contra Ramón Castro. Ordinario sobre nulidad del registro de una escritura y otros puntos 781

- S -

Salamanca Vargas Juan contra [illegible] partamento de Boyacá. Ordinario sobre pago de gastos en una oficina de Registro 653
Salguero Pedro Antonio y otros. Recurso de hecho..... 286
Salom Bechara contra el Banco Alemán Antioqueño de Cali. Ordinario por pesos 408
Sánchez Francisco Valerio o Francisco Valeriano. Causa por homicidio. 275
Sánchez José Miguel contra la sucesión ilíquida de Henry Hall. Ordinario por pesos .
Santy de Alcázar María Municipio del Espi[illegible] chos a la sucesión d[illegible] rio .....
Santacruz Ortiz José [illegible] la Diócesis de Pasto

Pág.

bre nulidad de un testamento y restitución de bienes 444
Sanz Rivera Pedro. Pensión..... 784
Serna Bohórquez Ricardo. Causa por responsabilidad 232
Sociedad Antonio Ricaurte contra la sucesión de Modesto Torres. Ordinario por pesos e indemnización de perjuicios 504
Solo Federico y otros. Recurso de hecho 283

SALVAMENTOS DE VOTO:

Del Magistrado doctor Aníbal Cardoso Gaitán:
En la sentencia por la cual se declaró que no son inexequibles los arts. 6º y 7º del Decreto Nº 136 de 1932... 213
Del Magistrado Dr. Liborio Escallón:
En la sentencia que declaró que son exequibles las leyes 37 de 1932 y 11 de 1933 y los arts. 1º y 7º del Decreto Nº 280 de 1932, 1º del Decreto Nº 420 de 1932, y 1º, 2º y 7º de la ley 46 de 1933 623
A la sentencia que declaró exequible la ley 62 de 1935, sobre sociedades masónicas 638
Del Magistrado doctor Pedro A. Gómez Naranjo:
En la sentencia sobre radiodifusión.. 22
Del Magistrado doctor Rodrigo Jiménez Mejía:
A la sentencia que declaró exequible la ley 62 de 1935, sobre sociedades masónicas 627
Del Magistrado Dr. José A. Montalvo:
En la sentencia que declaró exequible la ley 62 de 1935, sobre sociedades masónicas, en virtud de acusación del doctor Carlos Bravo 629
Del Magistrado doctor Miguel Moreno Jaramillo:
A la sentencia pronunciada en el juicio ordinario de Rosaura García contra Encarnación Aparicio v. de Barberena y otros..... 145
A la sentencia por la cual se declaró que no son inexequibles los arts. 6º y 7º del Decreto Nº 136 de 1932... 210
A la sentencia que declaró que son exequibles las leyes 37 de 1932 y 11 de 1933 y los arts. 1º, 2º y 7º del Decreto Nº 280 de 1932, 1º del Decreto Nº 420 de 1932, y 1º, 2º y 7º de la ley 46 de 1933..... 623
A la sentencia que declaró exequible la ley 62 de 1935, sobre sociedades masónicas, en virtud de acusación del doctor Carlos Bravo 638
Del Magistrado Dr. Eleuterio Serna R:
A la sentencia que declaró exequible la ley 62 de 1935, sobre sociedades masónicas 638
De los Conjueces doctores Pedro M. Carreño, Alberto Suárez Murillo y Ernesto Valderrama Ordóñez:
A la sentencia que declaró exequibles las leyes 37 de 1932 y 11 de 1933 y los arts. 1º, 2º y 7º del Decreto Nº 280 de 1932, 1º del Decreto Nº 420 de 1932, y 1º, 2º y 7º de la ley 46 de 1933 629

- T -

Tapasco Israel y otros contra Celedonia Gómez H. Ordinario sobre restitución de un inmueble..... 530
Tapasco Israel y Dámaso y otros contra Obdulio y Alejandro Toro. Revisión de una sentencia..... 543
Tapias de Alvarado María Elisa contra Miguel Alvarado Sánchez y otros. Ordinario sobre nulidad de un contrato por simulación 45
The Anglo South American Bank Limited contra el Departamento de Cundinamarca. Ordinario por pesos 577
The Anglo South American Bank Limited contra el Departamento de Cundinamarca. Se niega la reposición pedida por el abogado del Departamento 584
The Bucaramanga Gold and General Mining Company Limited contra Jorge Vélez, Antonio e Ismael Martínez y Luis Alfredo Núñez. Ordinario sobre oposición a la posesión de una mina 41
The Bucaramanga Gold and General Mining Company Limited. Recurso de casación en el ordinario sobre oposición a la posesión de una mina 489
The Royal Bank of Canada contra Julio C. Rodríguez Ll. Recurso de hecho 491
Torres de Angel Rita contra el Pbro. Daniel Sabogal Mora. Recurso de hecho 33

- U -

Ulloa López Jorge contra el Depart-

Págs.

mento del Valle del Cauca. Ejecutivo por pesos..... 237

Uribe Rubén, Sinforoso, Libardo, Lino y Mercedes y otros contra la sucesión de Francisco Díez, representada por sus herederos. Ordinario sobre nulidad de un contrato de compraventa, nulidad de una partición, etc. 72

«V»

Valderrama Cecilia, Julia y Ana Elvira y otra contra el Departamento de Cundinamarca. Ejecutivo por pesos 252

Vargas C. Eliécer contra el Colegio de Boyacá. Ordinario sobre pago de perjuicios y otros puntos..... 337

Vargas Floro. Causa por heridas.... 231

Vargas Martín contra Antonio Pinzón y la sucesión de Francisco Buitrago. Ordinario sobre nulidad absoluta de un contrato por simulación.. 427

Vélez Ernestina. Pensión. Se pide la rectificación de un error aritmético 742

Villamizar Rafael. Causa por homicidio 235

Villoria Carlota, Eustasio y Manuel contra Flaminio Camacho y Eduardo Camacho. Ordinario sobre nulidad de un contrato por simulación, restitución de bienes, etc. 859

Vivas José María y Mercedes Lazo de Vivas contra Joaquín Lazo T., Jorge Alberto Vivas L. y otros. Ordinario de nulidad de unos contratos por simulación 165

«Z»

Zapata Teresa. Pensión..... 284